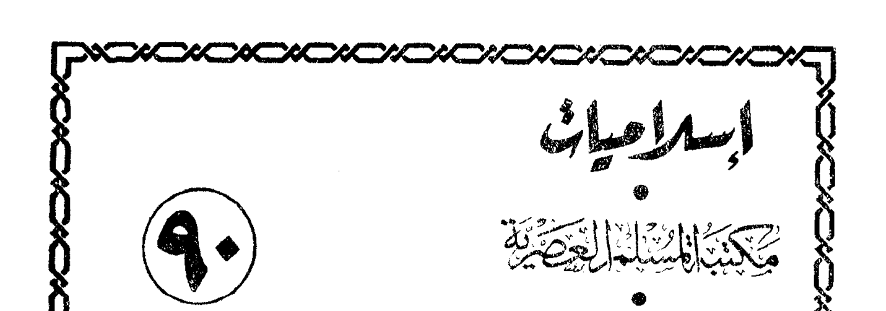
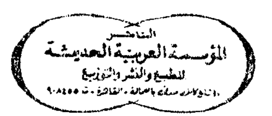


النظام القضائي في الإسلام

الجزء الثاني

تأليف
الدكتور عبد العزيز محمد عزام
الأستاذ بكلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر



سلسلة



إسلاميات

●

سلسلة كتب إسلامية دورية
تعرف المسلم بكل أمور دينه

○ عقيدة ○ فقه ○ تفسير
○ حديث ○ سيرة ○ ثقافة
إسلامية ○ مشاكل العصر

بأسلوب ميسر يفهمه العامة،
ويسعد به الخاصة

●

مراجعة هيئة كبار علماء
الجمعية الشرعية للعاملين
بالكتاب والسنة بالقاهرة

●

طباعة ونشر المؤسسة العربية الحديثة للطبع والنشر والتوزيع ــ المطابع ٨ شارع ٤٧ المنطقة الصناعية بالعباسية ــ المكتبات ١٠ ، ١٦ شارع كامل صدق الفجالة ــ ٤ شارع الإسحاق بمنشية البكرى روكسى مصر الجديدة ــ القاهرة ت : ٨٢٦٢٨٠ ــ ٩٠٨٤٥٥ ــ ٢٥٨٦١٩٧ ج. م. ع.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد النبى المصطفى الكريم وعلى آله وصحبه ومن دعا بدعوته وسلك طريقه إلى يوم الدين .

وبعد : فقد تكلمنا فى الجزء الأول عن المراحل التاريخية التى مر بها القضاء ، وأتبعناها بالحديث عن التنظيم القضائى فى الإسلام . وفى هذا الجزء نتناول — بمشيئة الله تعالى — السلطات التى لها شبه بالقضاء ، وطرق الإثبات .

وقد عرضت لوجهة النظر الإسلامية فى هذه الدراسة وقارنتها بالنظم الوضعية المعاصرة فى أهم المسائل التى احتواها هذا الجزء حتى يظهر مدى تفوق الشريعة الإسلامية وسموّها على غيرها من النظم الحديثة .

وسوف يظهر جلياً سماحة هذا الدين وحرصه على إحياء المفاهيم والقيم التى تحقق العدل والمساواة والأمن والاستقرار بين الناس . فالناس أمام القانون سواء ، ولا فرق بين المسلم وغيره فيما يتعلق بالتشريعات الجنائية والأحكام القضائية وغيرها . وهذا ما سوف يتضح لنا بإذن الله .

وهذا البحث يتكون من فصلين :

الفصل الأول : السلطات التى لها شبه بالقضاء .

الفصل الثانى : وسائل الإثبات .

والله ولى التوفيق والهادى إلى سواء السبيل .

دكتور

عبد العزيز محمد عزام

الفصل الأول

السلطات التى لها شبه بالقضاء

لا يقتصر الفصل فى الخصومات على القضاء وإنما تشاركه جهات أخرى تقوم أيضاً بقطع النزاع والفصل فى الخصومات ، وإن كانت تختلف عن القضاء فى بعض الأمور ، وهذه الجهات هى : ولاية المظالم ، والحسبة ، والتحكيم ، والإفتاء . ونعقد لكل منها مبحثاً إن شاء الله .

المبحث الأول

ولاية المظالم أو قضاء المظالم

وهى سلطة قضائية أعلى من سلطة القاضى والمحتسب ، فهى تنظر من المنازعات ما لا ينظره القاضى ، بل تنظر ظلامة الناس من القضاء نفسه . فهى وظيفة ممتزجة من سطوة السلطنة ونصفة القضاء .

وهى فى أصل وضعها داخلة فى القضاء ، ويسمى متوليها صاحب المظالم[1] . وينظر واليها ظلامات الناس من الولاة والجباة والحكام أو من أبناء الخلفاء أو الأمراء أو القضاة .

وقضاء المظالم لا يختلف عن القضاء العادى إلا من حيث درجة الاختصاص ، لأن أغلب المظالم إنما تتعلق بمقاضاة رجال السلطات ونوابهم ، كما تتعلق بتظلم موظفى الدولة من تعسف رؤسائهم ، وهو أشبه ما يكون فى وقتنا الحاضر من الناحية الغالبة على اختصاصاته (بالقضاء الإدارى) الموجود عندنا فى مصر ، والذى هو أحد أقسام مجلس الدولة ، كما أنه فى بعض اختصاصاته يشبه بوجه ما عمل النيابة الإدارية والمحاكم التأديبية .

(١) نظام القضاء فى الإسلام للدكتور محمد جمال عواد ، ص ١٤١

وكثيراً ما كان يطلق على قضاء المظالم (ديوان المظالم) ، بل أصبح ذلك هو المألوف والمشهور ، وهذه التسمية لم تغير من حقيقة الأمر فى شىء .

ولعل ذلك يرجع إلى تخصيص مكان يسمى بـ (الديوان) لنظر القضايا الخاصة بهذا النوع من القضاء ، فالتسمية مجازية من حيث أطلق المكان وأريد به الأثر الناشىء عنه أو الفعل الحادث فيه ، وهى تسمية اصطلاحية ولا مشاحة فى الاصطلاح(١).

ويسمى المتولى لأمر المظالم ناظراً ولا يسمى قاضياً ، وإن كان له مثل سلطان القاضى ، ومثل إجراءاته فى كثير من الأحوال ، لأن عمله ليس قضائياً خالصاً ، بل هو قضائى وتنفيذى ، فقد يعالج الأمور الواضحة بالتنفيذ أو بالصلح أو بالعمل الذى يرد لصاحب الحق حقه ، فهو قضاء أحياناً ، وتنفيذى إدارى أحياناً(٢).

وكان ديوان المظالم فى الإسلام هيئة قضائية عليا أعلى من سلطة القاضى العادى ، فكانت تنظر فى المنازعات التى لا ينظرها القاضى العادى ، وذلك لأنها ولاية خاصة ممتزجة من سطوة السلطة ونصفة القضاء ، وتحتاج إلى علو يد ، وعظيم رهبة ، تقمع الظالم من الخصمين ، وتزجر المعتدين ، وإليها النظر فى البيانات والتقارير ، واعتماد الأمارات والقرائن ، وتأخير الحكم إلى استجلاء الحق ، وحمل الخصم على الصلح ، واستحلاف الشهود ، وذلك أوسع من سلطة القاضى(٣).

ويؤكد هذا أبو يعلى الفراء فيقول فى ولاية المظالم : هى قول المتظالمين إلى التناصف بالرهبة ، وزجر المتنازعين عن التجاحد بالهيبة(٤) .

وقد أدرك العرب فى جاهليتهم ما لولاية المظالم من أهمية ، وخصوصاً حينما عمت الفوضى بينهم ، وكثر اعتزاز القوى منهم بقوته ، فكان يبغى قويهم على ضعيفهم ويسلبه حقه ومتاعه ، فاجتمع أهل الرأى فى قريش وتشاوروا فيما بينهم ، وعقدوا حلفاً أسموه حلف الفضول ، فى دار عبد الله بن جدعان ، وكان عمر النبى صلى الله عليه وسلم وقت أن عقدوا هذا الحلف يقرب من خمس وعشرين سنة .

---

(١) السلطة القضائية للدكتور نصر فريد واصل ، ص ٨٨

(٢) مجلة دنيا القانون ، السنة ٣ ، نقلا عن السلطة القضائية ، ص ٨٩

(٣) مقدمة ابن خلدون ، نقلا عن المصدر السابق ، ص ٨٩

(٤) الأحكام السلطانية للماوردى ، ص ٧٨ وما بعدها .

وهذا الحلف يعمل على رد المظالم وإنصاف المظلوم من الظالم . ومعنى هـذا أنه لا يظلم أحد بمكة إلا أنصفوه ، وأخذوا له حقه من الظالم . وقد روى أنه صلى الله عليه وسلم امتدح حلف الفضول ، فقال صلى الله عليه وسلم : (لقد شهدت مع عمومتى فى دار عبد الله بن جدعان حلفاً ما أحب أن لى به حمر النعم ، ولو دعيت به فى الإسلام لأجبت) .

وكان سبب ذلك كما يروى النويرى : أن رجلا من اليمن من بنى زبيد قدم مكة معتمراً ، ومعه بضاعته ، فاشتراها منه رجل من بنى سهم ، فلوّاه بحقه ، فسأله ماله أو متاعه ، فامتنع عليه ، فقام على الحجر وأنشد بأعلى صوته مستنكراً ومستعيناً :

ومثل ذلك حدث لقيس بن شيبة السلمى ، فإنه باع متاعاً من أبىّ بن خلف ، فلوّاه ، وذهب بحقه ، فاستجار برجل من بنى جمع ، فلم يجره ، فقال : ما بال قصى كيف هذا فى الحرم ، وحرمة البيت وأخلاق الكرم أظلم فلا يمنع عنى من ظلم :

فقام العباس وأبو سفيان حتى ردا عليه ماله ، واجتمعت بطون قريش ، فتحالفوا فى بيت عبد الله بن جدعان على رد المظالم بمكة .

فلما جاء الإسلام أقر هذه الولاية ، فقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نظر بنفسه فى الشرب الذى تنازعه الزبير بن العوام ورجل من الأنصار ، فقال صلى الله عليه وسلم : (اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك) . فقال الأنصارى أن كان ابن عمتك يا رسول الله ، فغضب النبى صلى الله عليه وسلم حتى ظهر الغضب فى وجهه ، فقال صلى الله عليه وسلم : (يا زبير ، جره على بطنه حتى يبلغ الماء إلى الكعبين)[1].

ولم تكن ولاية المظالم فى الإسلام ولاية قائمة بذاتها فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، وفى عهد الخلفاء الراشدين ، فقد كان النبى صلى الله عليه وسلم ينظر قضايا المظالم بنفسه ، ولم ينب أحداً من صحابته ، لأن الناس حينذاك كان يقودهم التناصف فى الحق ، ويزجرهم الوعظ عن الظلم ، وما يجرى بينهم من منازعات كان فى أمور مشتبهة يوضحها القضاء .

---

(١) بدائع المنن فى ترتيب مسند الشافعى والسنن ، ج ٢ ، ص ٢٣٢ ، والدارمى ، كتاب القضاء ، ص ٣١ ، والنسائى ، كتاب القضاء ، ص ١٩ ، ٣٧

وفى هذه المرحلة لم يظهر منصب القاضى المتخصص الذى يتفرغ لما وكل إليه ، والذى يقلد ولاية القضاء على وجه التحديد ، ولعل ذلك هو أحد الأسباب التى دفعت بعض الباحثين إلى القول بأن الإمام على بن أبى طالب يعتبر أول خليفة ينظر فى المظالم ، ذلك أنه كان ينظر فى شكايات رعاياه ، وينصفهم ممن أوقع الظلم بهم ، ولم يخصص يوماً محدداً لنظر هذه المظالم ، بل اعتاد نظر المظالم فى المسجد حينما تصل إليه[1].

وهذا لا يتفق مع ما ثبت تاريخياً من أنه صلى الله عليه وسلم كان يتولى بنفسه الفصل فى المظالم التى تصل إليه من الولاة ، فقد جاء فى طبقات ابن سعد : أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يستمع إلى كل شكوى تأتيه عن أى عامل من عماله ، ومن ذلك أنه عزل العلاء بن الحضرمى عامله على البحرين ، لأن وفد عبد القيس شكاه ، وولى بدلا منه أبان بن سعيد وقال له : استوص بعبد القيس خيراً وأكرم سراتهم .

وروى أصحاب السنن الصحيحة : أن خالد بن الوليد قتل مقتلة فى قبيلة خزيمة بعد أن أعلن أهلها الخضوع ، فاستنكر النبى صلى الله عليه وسلم ذلك وأرسل علياً بن أبى طالب كرم الله وجهه إلى هذه القبيلة[2] ليرفع عنها هذه المظلمة ، بأن يدفع دية قتلاها على اعتبار أن القتل وقع خطأ — مع أنه فى ميدان القتال — وأدى النبى الدية ، ودفع بدل الأموال ، واتجه إلى ربه يقول : (اللهم إنى أبرأ إليك مما فعل خالد)[3].

وقد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم كان يتحرى لولاية الأمصار أصلح المسلمين ، ويمنع عنها من يرى أنه غير أهل لها ، ومن ذلك ما أخرجه مسلم عن أبى ذر أنه قال : قلت : يا رسول الله ، ألا تستعملنى ؟ قال : (إنك ضعيف ، وإنها أمانة ، وإنها يوم القيامة خزى وندامة إلا من أخذها بحقها)[4] . وكان يأمر أصحابه أن يبلغوه حاجات

---

(١) حمل لواء هذا الرأى الدكتور حسن الخربوطلى فى بحثه المنشور بمجلة منبر الإسلام ، العدد ٧ سنة ٣٢ ، نقلا عن السلطة القضائية ، ص ٩١

(٢) راجع : ولاية المظالم للمرحوم الشيخ محمد أبى زهرة ، ومبحث الدكتور حمدى عبد المنعم عن ديوان المظالم فى منبر الإسلام ، العدد المشار إليه سابقاً ، والسلطة القضائية ، ص ٩٢

(٣) راجع : البخارى ، كتاب المغازى ، ص ٣٨ ، وكتاب الدعوات ، ص ٣٣

(٤) راجع : البخارى ، كتاب مناقب الأنصار : ١٦/٨ ، ٤٨

الناس ، وما يقع عليهم من ظلم ، فيقول : (أبلغونى حاجة من لا يستطيع إبلاغها ، فإن من أبلغ ذا سلطان حاجة من لا يستطيع إبلاغها ثبت الله قدميه يوم تزل الأقدام) .

وكان صلى الله عليه وسلم يرى أن هدايا الأمراء غلول ، لأنها ثمرة ظلم واقع أو متوقع ، فكان يمنعها ، بل كان يصادرها ليردها إلى أهلها إن كان يعلمهم وإلا أودعها بيت المال ، ومن ذلك ما روى أنه ولى على الصدقات رجلا من الأزد اسمه ابن اللتبية ، فلما قدم على النبى صلى الله عليه وسلم قال : هذا لكم وهذا أهدى إلى . فأخذ النبى المال والهدية ووقف خطيباً وقال : ما بال الرجل نستعمله على العمل مما ولانا الله، فيقول : هذا لكم وهذا أهدى إلى ، فهلا جلس فى بيت أبيه أو أمه فينظر أيهدى إليه أم لا ؟ والذى نفسى بيده لا يأخذ منه شيئاً إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبته ، إن كان بعيراً له رغاء ، أو بقرة لها خوار ، أو شاة تيعر ، ثم رفع يديه حتى رأينا عفرتى إبطه قائلا : (اللهم هل بلغت ، اللهم هل بلغت)[1].

ولاية المظالم فى زمن الخلفاء الراشدين :

أما بالنسبة لقضاء المظالم فى زمن الخلفاء الراشدين فقد ثبت أنه كان موجوداً ، ويعتبر عمر بن الخطاب من أبرز الخلفاء الراشدين فى تتبع المظالم الواقعة من الولاة أو الجند أو الرعية ، وذلك أنه عزل خالد بن الوليد عن قيادة الجيش مع ما له من مكانة هو أهل لها ، لمهارته فى قيادة الحروب ، وانتصاراته الرائعة فى كل المعارك التى خاضها ، ومع هذا فقد عزله عمر لقتله مالك بن نويرة بعد أن قال : لا إله إلا الله .. وكان قد أعطى أبو بكر قبل موته ديته من بيت مال المسلمين ، إلا أن عمر بعد ولايته لم يعتبر ذلك رفعاً للظلم الذى نزل بالمقتول وبأوليائه ، ولذلك عزله وقال فى سبب عزله : إن سيف خالد لرهقاً[2].

وقد كان عمر يجمع عماله بمكة فى موسم الحج من كل عام يسألهم عن أعمالهم،

---

(١) راجع : البخارى ، كتاب الأحكام ، ص ٢٤ ، وأبو داود ، كتاب الإمارة ص ١١ .

(٢) راجع ولاية المظالم للشيخ أبى زهرة ، نقلا عن السلطة القضائية ، وانظر : الحسبة فى الإسلام لابن تيمية ، ص ٣٣ .

ويسأل الناس عنهم ، ليرى مبلغ دقتهم فى الاضطلاع بواجبهم، وتنزههم حين أدائه عن الإفادة لأنفسهم أو لذويهم[١].

وقد خطب عمر رضى الله عنه فى موسم الحج فقال : أيها الناس ، إنى لم أبعث عمالى عليكم ليصيبوا من أبشاركم ولا من أموالكم ، إنما بعثتهم ليحجزوا بينكم ، وليقسموا فيئكم بينكم ، فمن فعل به غير ذلك فليقم ، فما قام أحد إلا رجل واحد قام فقال : يا أمير المؤمنين ، إن عاملك فلاناً ضربنى مائة سوط ، قال : فيم ضربته فقم فاقتص منه ، فقام عمرو بن العاص ، فقال : يا أمير المؤمنين ، إنك إن فعلت هذا يكثر عليك ويكون سنة يؤخذ بها من بعدك ، فقال : ألا أقيد ، وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقيد من نفسه . قال : فدعنا فلنرضه ، قال : دونكم فأرضوه ، فافتدى منه بمائتى دينار ، كل سوط بدينارين .

وقال عمر أيضاً : من ظلمه عامله بمظلمة ، فلا إذن له علىّ إلا أن يرفعها حتى أقصه منه ، فقيل له : أرأيت إن أدب أمير رجلا من رعيته أتقصه منه ، فقال : ومالى لا أقصه منه وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقص من نفسه[٢].

وقد كان عمر يشتد فى رفع المظالم إلى درجة أنه كان يحمى الناس من ألسنة الولاة كما يحميهم من أسواطهم ، فقد شكا إليه رجل بأن عمرو بن العاص قال له فى جمع من الناس بالمسجد : يا منافق ، ويقول للفاروق : والله ما نافقت منذ آمنت بالله ، فيأمر عمر بأن يضرب الرجل عمراً أسواطاً فى الجمع الذى شهد هذه الواقعة أو يعفو الرجل ، وقد نفذ الرجل العفو بعد أن طأطأ عمرو رأسه للضرب .

وعمر أيضاً ، يأتيه من يشكو أن ظلماً وقع عليه من ولد عمرو بن العاص والى مصر وحاكمها ، فيأذن عمر بن الخطاب للمصرى أن يقتص من ولد عمرو بعد أن ثبت لديه صدق الواقعة ، وقال عمر قولته المشهورة لعمرو بن العاص : متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً .

---

(١) راجع : الفاروق عمر للدكتور محمد حسين هيكل ، نقلا عن السلطة القضائية، ص ٩٢

(٢) الطبقات الكبرى لابن سعد ، نقلا عن المرجع السابق ، ص ٥٩

آبل إن عمر قد بلغ من حرصه على إقرار العدل فى الرعية ومنع الظلم أنه كان فى خر عهده بالخلافة ينظر فى أمور الناس بنفسه ، وأنه كان يود أن ينتقل بين جنبات الدولة الإسلامية المترامية الأطراف ، يتفقد شئون الرعية ، ويرى تصرف عماله فيها ، فيقول : لئن عشت إن شاء الله ، لأسيرن فى الرعية حولا كاملا ، فإنى أعلم أن للناس حوائج تقطع دونى ، أما عمالهم فلا يرفعونها إلى ، وأما هم فلا يصلون إلى ، فأسير إلى الشام فأقيم بها شهرين ، ثم أسير إلى الجزيرة فأقيم بها شهرين ، ثم أسير إلى البصرة فأقيم بها شهرين ، والله لنعم الحول هذا[١].

وبهذا يثبت أن قضاء المظالم فى الإسلام ، كان من عهد النبى صلى الله عليه وسلم ، واستمر من بعده فى عصور الخلافة حتى عهد الخليفة عبد الملك بن مروان ، وهو أول خليفة أنشأ للمظالم ديواناً ، وأفرد للظلامات يوماً محدوداً يجلس فيه ليقضى بنفسه فى المظالم ، وإذا استشكل عليه أمر رجع فيه إلى قاضيه ابن إدريس الأزدى الذى كان مباشراً والخليفة هو الآمر .

ولاية المظالم فى العهد الأموى والعباسى :

وفى عهد بنى أمية كان الخليفة عمر بن عبد العزيز يجلس لنظر القضايا بنفسه أيضاً ، ويدفع الظلم عن المظلوم ، ومن المشهور عنه أنه رد مظالم خلفاء بنى أمية السابقين إلى مستحقيها من أفراد الرعية .

وكذلك سار خلفاء بنى العباس ، فقد كان أول من جلس منهم لنظر المظالم : المهدى ، ثم الهادى ، ثم هارون الرشيد ، ثم المأمون ، ثم المهتدى .

وفى عهد المهدى ثالث الخلفاء العباسيين تبلور نظام النظر فى قضايا المظالم ، وأخذ شكلا محدداً ثابتاً ، وذلك لأنه عمل أن يسود الأمن والعدل بين أرجاء الدولة العباسية بعد أن كانت أمورها قلقة مضطربة فى الفترة التى تولى فيها الخليفة المنصور الذى نجح فى القضاء على الدولة الأموية ذات الأطراف المتناهية ، وفتح السجون والمعتقلات لخصومه السياسيين ومن يخشى منهم على سلامة الدولة .

---

(١) يراجع : تاريخ الطبرى ، وتاريخ الأمم الإسلامية للخضرى ، نقلا عن السلطة القضائية ، ص ٩٥

فلما تولى المهدى الخلافة من بعده أدرك أن هذه المرحلة الحرجة قد انتهت ، وأن الدولة العباسية قد نجحت فى تدعيم أركانها وكسب محبة الناس ورضاهم ، فرأى أن يبدأ عهده بالتسامح والعفو عن المعتقلين ، فأطلق سراحهم ، وأصدر أمره بالإفراج عن كل مسجون اتهم فى جريمة سياسية ، عدا نفر قليل حددهم الطبرى بقوله : إلا من كان قبله تباعة من دم أو قتل ، ومن كان معروفاً بالسعى فى الأرض فساداً(١).

وقد رد المهدى الأموال التى صادرها أبوه المنصور إلى أصحابها ، حتى أنه أنفق كل ما خلفه المنصور من أموال ، وكانت ستمائة مليون درهم وأربعة عشر مليون دينار فى عشرة أيام ، منحها كلها للمظلومين والمحتاجين .

وذكر السعودى قال : كان المهدى محبباً إلى الخاص والعام ، لأنه افتتح أمره بالنظر فى المظالم والكف عن القتل ، وأمن الخائف وأنصف المظلوم ، وبسط يده فى العطاء(٢). وكان ينظر فى شكاوى رعاياه ، ولو كانت الشكوى منه شخصياً .

وفى بداية الأمر كان يكتفى بعرض المظالم فى رقاع ، ولا يسمح لأصحابها بالدخول عليه . فينظر فيها باهتمام وعناية وإلى جانبه قضاته يرجع إليهم فيما أشكل عليه من أمور ، ثم علم المهدى أن بعض أتباعه يأخذون رشوة من أصحاب المظالم فى مقابل عرض مظالمهم على الخليفة ، فأمر بفتح شباك حديد فى قصره ليلقى كل صاحب مظلمة بالورقة التى عرض فيها مظلمته من هذا الشباك إلى داخل القصر ، ثم سمح المهدى بدخول المظلومين إلى مجلسه ليعرضوا عليه مظالمهم بأنفسهم .

وكان من حرص المهدى على رد المظالم إلى أصحابها أنه رد على رعاياه الأراضى التى كانت مقبوضة عنهم ، كما قبل حكم القضاء الذى صدر ضده فى بعض القضايا لصالح أحد أفراد الرعية .

واتسع نطاق اهتمام المهدى بمصالح رعاياه فى جميع أرجاء الدولة العباسية ، فكان يجعل عمال البريد عوناً له فى الإشراف على ولاياتها ، فكان يقف بواسطتهم على أعمال الولاة ، وعلى ما يصدره القضاة من أحكام ، وعلى وجوه إنفاق أموال الدولة ، بل كان المهدى يقف منهم على أسعار المواد الغذائية الضرورية .

---

(١) راجع : تاريخ الطبرى ، نقلا عن السلطة القضائية ، ص ٩٦ و ٩٧

(٢) راجع : مروج الذهب ، نقلا عن المرجع السابق ، ص ٩٧

وكان عمال البريد يحملون إلى المهدى تقريرين يومياً ، أحدهما فى الصباح والآخر فى المساء ، يعرف من خلالها وهو فى عاصمته بغداد ، أحوال رعاياه فى اليمن أو الشام أو مصر ، رغم بعد المسافة .

وكانت محكمة المظالم تنعقد برئاسة الخليفة أو الوالى أو من ينوب عنهما ، وكانت المحكمة تحدد يوماً أو أياماً خلال الأسبوع للنظر فى قضايا المظالم ، ومكان انعقادها فى المسجد أو قصر الخلافة أو دور الولاة ، إلى أن أصبح للمظالم ديوان خاص يتولى رئاسة توليته قاض محمود السيرة يشتهر بالتقوى والورع والعدل والإنصاف ، وذلك بمرسوم خاص من الخليفة كان يقرأ على الناس فى المسجد الجامع لإعلام الناس بذلك ، وأصبح لديوان المظالم تقاليد خاصة تختلف عن نظام سائر المحاكم ، فحين يصدر صاحب الديوان أحكامه تقوم السلطة التنفيذية بتنفيذها فوراً .

الفروق بين نظر قضايا المظالم والقضاء العادى :

أوضح الماوردى هذه الفروق فى كتابه الأحكام السلطانية ، ومن أهمها :

١ - أن لناظر المظالم من فضل الهيبة وقوة اليد ما يكف الخصوم عن التجاحد ومنع الظلمة من التغلب ، وليس ذلك للقاضى .

٢ - أن والى المظالم له أن يقابل من ظهر ظلمه بالتأديب والزجر حتى يقلع عن ظلمه ، وليس ذلك للقاضى .

٣ - لوالى المظالم أن يرد الخصوم ليفصل فى النزاع بينهم صلحاً ، وليس ذلك للقاضى .

٤ - والى المظالم له أن يسمع شهادة المستورين ، وليس ذلك فى عرف القضاة .

٥ - يجوز لوالى المظالم أن يبتدئ باستدعاء الشهود وعادة القضاة تكليف المدعى إحضار الشهود[1].

نظام ولاية المظالم :

يتألف نظام ولاية المظالم من الأمور الآتية :

---

(١) الحسبة فى الإسلام للشيخ إبراهيم دسوق الشهاوى ، ص ٧٧

١ ـ شروط الوالى :

يشترط فى والى المظالم : أن يكون جليل القدر ، نافذ الأمر ، عظيم المهابة ، ظاهر العفة ، قليل الطمع ، كثير الورع .

٢ ـ تقاليد الوالى :

يجوز للخليفة أن يباشر نظر المظالم باعتبار ولايته العامة ، كما يجوز أن يباشرها غيره نيابة عنه ، فإن كان المباشر ممن له الولاية العامة فى الأمور ، كالوزراء والأمراء ، فإن النظر فيها ومباشرتها لا يحتاج إلى تقليد وتولية من الإمام ، وذلك لعموم ولايته ، وإن لم يكن للمباشر ولاية عامة احتاج إلى تقليد وتولية ، بشرط أن يتحقق فيه شروط التولية ، وأن يكون ممن يجوز له تولى الوظائف الآتية :

١ ـ ولاية العهد .

٢ ـ وزارة التفويض .

٣ ـ الإمارة على البلاد .

هذا إذا كان نظره فى المظالم عاماً ، أما إذا كان نظره قاصراً على تنفيذ ما عجز القضاة عن تنفيذه ، وقصرت يدهم أو يد غيرهم عن إمضائه جاز أن يكون دون هذه الرتبة فى القدر والخطر ، بشرط ألا تأخذه فى الحق لومة لائم ، ولا يستشفه الطمع إلى الرشوة .

٣ ـ تخصيص يوم لنظر المظالم :

يجب على الوالى تخصيص يوم معروف لنظر المظالم ، حتى يقصد فيه المتظلمون، وذلك ليتفرغ إلى بقية أعماله فى غير هذا اليوم ، وهذا إذا لم ينفرد بنظر المظالم، أما إذا انفرد لها فإنه ينظر فيها طوال أيام الأسبوع .

٤ ـ مجلس الوالى :

يتشكل مجلس والى المظالم من خمسة أصناف لا يكمل مجلسه إلا بحضورهم ، ولا ينتظم نظره فى المظالم إلا بهم ، وهم :

(أ) الحماة والأعوان :

وكانوا من القوة بحيث يستطيعون التغلب على من يلجأ إلى العنف أو يحاول الفرار من وجه القضاء .

(ب) القضاة والحكام :

لاستعلام ما يثبت عندهم من الحقوق ، ومعرفة ما يجرى فى مجلسهم بين الخصوم .

(ح) الفقهاء :

ليرجع إليهم فيما أشكل عليه من أحكام .

(ى) الكتاب :

ليثبتوا ما يجرى بين الخصوم ، وما يتوجه لهم أو عليهم من الحقوق .

(ه) الشهود :

ليشهدهم على ما أوجبه من حق وأمضاه من حكم .

فإذا استكمل المجلس هذه الأصناف الخمسة شرع الوالى فى نظر المظالم طبقاً لأحكام الشرع ، مع استعمال ما يراه موصلا إلى استخلاص الحق ورد المظالم[1] .

٥ — الإحالة والاستعانة :

(أ) يجوز لوالى المظالم أن يحيل نظر الظلامة والحكم فيها إلى غيره ، فإن كان المحال عليه قاضياً جاز له الحكم فيها ، ويكون حكمه بأصل ولايته ، ولا تعتبر الإحالة عليه تقليداً له ، وذلك قريب الشبه بقاضى الإحالة مع قاضى الجنايات ، وإن كان المحال عليه غير قاض كان ذلك تقليداً له بالحكم فيها ، غير أنه يتقيد بما فى الإذن ، ولا يجوز له أن يتعداه .

(ب) من حق الوالى أن يحيل الظلامة إلى من يثق به للكشف والتحقيق ، وعلى من أحيلت عليه أن ينفذ ذلك ثم يرفع الأمر بنتيجة بحثه وكشفه إلى الوالى ، وذلك يشبه ما تجرى به النيابة أو قاضى التحقيق فى تحقيق الجنح والجنايات .

(ح) ومن حقه أيضاً أن يحيل الظلامة إلى من يثق به ، للصلح بين المتنازعين ، وكذلك له الاستعانة بكل من يرى الوصول إلى إحقاق الحق ورد المظالم إلى أهلها ، وأمر والى المظالم إلى من يستعين به واجب التنفيذ وإلا كان عرضة للمؤاخذة والعقاب .

---

(١) يراجع : نظام القضاء للمرحوم الدكتور محمد جمال عواد ، ص ١٤١ ومابعدها .

وفى عصرنا الحاضر تمسكت بنظام ولاية المظالم بعض البلاد الإسلامية والعربية ومنها مصر ، فقد صدر قرار جمهورى فى عهد الرئيس محمد أنور السادات بإنشاء ديوان المظالم ملحق برئاسة الجمهورية للنظر فى مظالم أفراد الشعب يتولاه رئيس خاص .

وبدأ هذا الديوان عمله بالفعل ، وكان يتلقى ألفى شكوى وتظلم يومياً بالبريد ، بخلاف الشكاوى التى يتقدم بها أصحابها شخصياً ، وهذه الشكاوى والتظلمات تصنف ثم تحال للباحث الفنى لتحقيقها ، ثم إن هذا الديوان ينسق عمله مع بعض الأجهزة القائمة فى الدولة ، كالهيئات القضائية ، وديوان المحاسبات ، وأنه يستعين فى بحث بعض التظلمات والشكاوى بالفنيين من خبراء وزارة العدل .

والقرارت الصادرة منه واجبة التنفيذ ، لأن هذا الجهاز تابع للسيد رئيس الجمهورية مباشرة ،فإذا ثبت للديوان أن صاحب الشكوى مظلوم رفع عنه الظلم فوراً وبلا تردد ، لأن توجيهات الرئيس هى أن يسود القانون والعدل ، ولا تكون هناك انحرافات أو سلبيات .

وإذا ثبت أن هناك مخالفات مالية أو إدارية تبلغ النيابة العامة فوراً للتحقيق فيها ، ويأتى هذا التبليغ بعد أن يرفع الظلم عن الشاكى ، وكان الديوان يقوم بزيارات ميدانية لبعض المواقع للوقوف على الشكاوى الجماعية تحقيقاً لرسالته[1].

---

(١) ديوان المظالم : بحث المستشار عبد الستار آدم بمنبر الإسلام ، العدد ٥٦ السنة ٣٢ ، نقلا عن السلطة القضائية ، ص ١٠٠ ومابعدها .

المبحث الثانى
ولاية الحسبة

الحسبة فى اللغة : اسم من الاحتساب بمعنى الإنكار ، يقال : احتسب على فلان إذا أنكر عليه ، أو بمعنى التدبر والنظر ، يقال : احتسب فى الأمر إذا تدبر فيه ونظر ، أو بمعنى ادخار الأجر والثواب عند الله ، يقال : احتسب الأجر على الله إذا ادخره عنده لا يرجو ثواب الدنيا(١).

والحسبة فى الشريعة : وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر الذى هو فرض على القائم بأمر المسلمين ، يعين لذلك من يراه أهلا له .

والمعروف : كل تصرف حسنه الشارع وأمر به ، والمنكر : كل تصرف قبحه الشارع ونهى عنه . والنهى عن المنكر من أمهات الفرائض التى بها تهذب النفوس ، ويصان الدين من الضياع ، والسكوت عليه إثم ومخالفة للشرع (٢).

يقول الرسول صلوات الله عليه : (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان)(٣).

والمقصود من ذلك أن تكون كلمة الله هى العليا ، فإن الله سبحانه وتعالى ، إنما خلق الخلق لذلك ، وبه أنزل الكتب ، وبه أرسل الرسل ، وعليه جاهد الرسل والمؤمنون ، قال تعالى : « وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون »(٤).

والحسبة تنقسم إلى قسمين : حسبة عامة ، وحسبة خاصة .

فالحسبة العامة هى الدعوة إلى ما جاءت به الشريعة من أوامر ونواه ترجع فى جملتها

---

(١) القاموس المحيط للفيروزآبادى ، ج ١ ، ص ٥٦ ، فصل الحاء ، باب الباء .
(٢) القضاء فى الإسلام للدكتور محمد سلام مدكور ، ص ١٤٧
(٣) رواه مسلم ، راجع رياض الصالحين للإمام النووى ، ص ١٠٣
(٤) سورة الذاريات ، الآية ٥٦

إلى الإيمان الصحيح بالله والارتفاع بالنفس الإنسانية عن مساقط الرذيلة ، وتجميلها بالفضائل والكمالات ، ومن ثم فإنها تكون ترجمة كاملة للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر .

وهذه الحسبة واجبة وجوباً كفائياً على كل مسلم يعلم حكم الدين فيما يدعو إليه ، وينصح الناس به ، وسند ذلك من الكتاب قول الله تبارك وتعالى : « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون »(١) ، ففى الآية بيان الإيجاب ، فإن قوله تعالى : « ولتكن » أمر ، وظاهر الأمر الإيجاب ، وفيها بيان أن الفلاح منوط به ، إذ أنه سبحانه حصر الفلاح فيهم بقوله : « وأولئك هم المفلحون » وفيها بيان أنه فرض كفاية لا فرض عين ، وأنه إذا قام به البعض سقط الفرض عن الآخرين ، إذ لم يقل كلكم آمرين بالمعروف ، بل قال : « ولتكن منكم أمة » ، وهذا يفيد أنه إذا قام به واحد أو جماعة سقط الحرج عن الباقين من سائر الأمة .. وإن تقاعد عنه الجميع عم الحرج كافة القادرين عليه لا محالة .

ومن السنة ما روى عن أبى بكر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (ما من قوم عملوا بالمعاصى وفيهم من يقدر على أن ينكر عليهم فلم يفعل إلا يوشك أن يعمهم الله بعذاب من عنده) .

ومنها ما روى عن أبى بكر رضى الله عنه أنه قام فى الناس خطيباً فقال : (أيها الناس ، إنكم تقرءون هذه الآية : « يا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم »(٢)، وإنكم تضعونها فى غير موضعها ، وإنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إذا رأى الناس المنكر فلم يغيروه أوشك أن يعمهم الله بعذاب من عنده)(٣).

والحسبة بهذا المعنى ضرورة اجتماعية يدعو إليها ما عرف عن النفس البشرية من الميل إلى الشر والبعد عن طريق الخير ، فهى فى حاجة مستمرة إلى التذكير والتنبيه

---

(١) سورة آل عمران ، الآية ١٠٤ (٢) سورة المائدة ، الآية ١٠٥

(٣) حديث أبى بكر قال عنه الترمذى : حسن صحيح ، راجع : إحياء علوم الدين ، ج ٦ ، ص ١٠٥٠

والنصيحة الصادقة التى ترد النفوس الجامحة إلى الاعتدال والاستقامة ، وتقوم المعوج من العقائد والمذاهب ، وتصلح الفاسد من الأعمال والأقوال .

فقد اتفقت كلمة المجتهدين من السلف والخلف على وجوب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر حسبة لله وابتغاء مرضاته .

وينبغى أن يعلم أن وجوب الاحتساب مشروط بأمرين :

١ — أن تكون دعوة المحتسب مثمرة .

٢ — أن يكون آمناً على نفسه من الأذى بسبب دعوته . أما إذا كان يترتب عليها إحداث منكر آخر ، أو التغالى فى فعل هذا المنكر فإنها لا تجب بل قد تحرم ، وهذا ما يراه الإمام الغزالى ، كما أنه يرى أنها تكون مستحبة إذا أمن الداعى على نفسه وهو يدعو إلى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وكان يعلم أن دعوته لا فائدة منها ، أو يعلم أنها تفيد منع المنكر ولكنه يلحقه من وراء ذلك بعض الضرر .

ويدخل فى واجب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر دعوة الأمة الإسلامية غيرها من الأمم والشعوب إلى الله بالحكمة والموعظة الحسنة أخذاً من قوله تعالى : « كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف ، وتنهون عن المنكر »[1].

وقوله سبحانه وتعالى : « الذين إن مكناهم فى الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر »[2] . وهذا الواجب يتطلب إعداد الدعاة علمياً وثقافياً على المستوى المطلوب حتى تثمر دعوتهم ، وتؤتى ثمارها ، وفى مقدمة ذلك تزويدهم بلغة وطبائع وعادات وتاريخ الأمة التى سيبعثون إليها وتبصيرهم بالأديان التى هم عليها حتى يكونوا على بينة من كل ذلك ، هذا بالإضافة إلى تزويدهم ببعض الدراسات التى لها تعلق بعلم النفس والأخلاق حتى تصل دعوتهم إلى القلوب ، ولا ينفر الناس منهم . فقد قال الله تعالى لنبيه : « فبما رحمة من الله لنت لهم ولو كنت فظاً غليظ القلب لانفضوا من حولك »[3].

---

(١) سورة آل عمران ، الآية ١١٠ (٢) سورة الحج ، الآية ٤١

(٣) سورة آل عمران ، الآية ١٥٩

ثم إن هذه الدعوة إلى الخير والأمر والنهى لها مراتب كما قال الإمام محمد عبده :

فالمرتبة الأولى : هى دعوة هذه الأمة سائر الأمم إلى الخير ، وأن يشاركوهم فيما هم عليه من النور والهدى ، وقد اتجه إلى هذا المعنى بعض المفسرين فقال : إن المراد بالخير : الإسلام . والإسلام هو دين الله على لسان جميع الأنبياء لجميع الأمم ، وهو الإخلاص لله تعالى والرجوع عن الهوى إلى حكمه ، وهذا هو المطلوب منا بحكم أن الله جعل هذه الأمة وسطاً وشهداء على الناس ، وخير أمة أخرجت للناس ، وهذه الخيرية مقيدة بكونها تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر ، وتؤمن بالله .

فالواجب دعوة الناس إلى الإسلام أولا ، فإن أجابوا فالواجب أمرهم بالمعروف ونهيهم عن المنكر . فإذا اجتمعت الأمة الإسلامية على هذا المقصد العالى الشريف ، فإنها تكون مسيطرة على الأمم كلها ، ومربية لها ومهذبة لنفوسها ، ومن ثم فإن جميع الأهواء الشخصية تتلاشى من بينهم ؛ فإذا عرض الحسد والبغى لأحد من أفرادهم تذكروا وظيفتهم العالية الشريفة التى لا تتم إلا بالتعاون والاجتماع ، فيزول البغى والحسد من القلوب ، ولا يكون بينهم إلا الحب والوئام والتعاون على البر والتقوى .

والمرتبة الثانية : هى دعوة المسلمين بعضهم بعضاً إلى الخير ، ولها طريقان :

أحدهما : الدعوة العامة الكلية ، وهى تكون عن طريق علماء الأمة العارفين بأسرار الأحكام وحكمة الدين وفقهه ، وهم المشار إليهم بقوله تعالى : « فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا فى الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون»(١) ويكون ذلك ببيان طرق الخير وتطبيق ذلك على أحوال الناس ، وضرب الأمثال المؤثرة فى النفوس ليأخذ كل سامع منها بحسب حاله .

ومن مزايا هؤلاء ، تطبيق أحكام الله تعالى على مصالح العباد فى كل زمان ومكان ، فهم يأخذون من الأمر العام بالدعوة والأمر والنهى على مقدار علمهم ؛

والطريق الثانى : الدعوة الجزئية الخاصة ، وهى ما يكون بين الأفراد بعضهم مع بعض ، ويستوى فيه العالم والجاهل ، وهو ما يكون بين المتعارفين من الدلالة على

---

(١) سورة التوبة ، الآية ١٢٢

الخير والحث عليه عند عروضه ، والنهى عن الشر والتحذير منه ، وكل ذلك من التواصى بالحق والتواصى بالصبر ، وكل واحد يأخذ من الفريضة العامة بقدره)[1].

ولسنا هنا بصدد الكلام على الحسبة بمعناها العام ، فإن هذا خارج عن قصدنا وموضع ذلك علم الأخلاق والفقه ، وقد بسط الكلام فى ذلك الإمام الغزالى فى كتابه الإحياء ، وكذلك الشيخ محمد عبده فى تفسير المنار ، فليرجع إليهما من أحب .

الحسبة الخاصة :

وأما الحسبة الخاصة ، وهى المقصودة بالبحث فى هذا المقام ، فهى العمل الذى يقوم به وال خاص فى الدولة الإسلامية لمراقبة الأسواق ، وتنفيذ أحكام الدين ، مثل: منع الغش ، ومراقبة المكاييل والموازين ، وسك النقود والمقاييس ، ومصادرة مايفسد الأبدان والعقول ، من كل مسكر ومفتر ، وإلزام الناس بالجمعة والجماعة ، ومنع الكذب والخيانة ، وما إلى ذلك مما سيرد تفصيله عند الكلام على اختصاص المحتسب .

والفرق بين ولاية الحسبة والمحتسب ، أن المسلم المكلف إذا قدر على الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وقام بهما امتثالا لأمر ربه وابتغاء مرضاته ، سمى محتسباً متطوعاً ، أما إذا عينه الحاكم للقيام بهما ، فإنه يسمى والى الحسبة وتسمى وظيفته ولاية الحسبة[2].

ومن هذا يتضح أن الحسبة الخاصة : ولاية من الولايات التى اشتمل عليها نظام الحكومة الإسلامية ، ويمكننا أن نرجع طبيعة العمل والولاية فيها إلى قوله صلى الله عليه وسلم وفعله ، فقد روى الترمذى عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم مر فى السوق على صبرة طعام ، فأدخل يده فيها ، فنالت أصابعه بللا ، فقال : يا صاحب الطعام ، ما هـذا ؟ فقال : أصابته السماء يا رسول الله ، فقال : (أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس ؟ من غشنا فليس منا)[3].

ولا شك أن هذا نهى عن منكر وهو غش الطعام ومراقبة لما يقع فى الأسواق من غش وتغرير ، وهذا معنى الحسبة .

---

(١) راجع تفسير المنار للإمام محمد عبده ، ج ٤ ، ص ٢٣ و ٢٤
(٢) بتصرف من الحسبة للشيخ إبراهيم دسوقى الشهاوى ، ص ٧٧
(٣) الحديث أخرجه أبو داود فى كتاب البيوع ، ص ٥٠

وروى البخارى عن نافع عن ابن عمر أنهم كانوا يشترون الطعام من الركبان على عهد النبى صلى الله عليه وسلم ، فبعث عليهم من يمنعهم أن يبيعوه ، حتى يؤدوه إلى رحالهم[١]، فهذا أيضاً مراقبة للسوق ، ورد الناس إلى ما فيه صلاحهم ، وهو معنى الحسبة .

وذكر ابن عبد البر فى (الاستيعاب) أن النبى صلى الله عليه وسلم استعمل سعيد ابن سعيد بن العاص بن أمية على سوق مكة . وهذا صريح فى أنها من الولايات الدينية ، وأنها ثبتت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم : وأن أول من ولى فيها هو الرسول عليه الصلاة والسلام ، وأتبعها من بعده الخلفاء ، ثم صارت بعد ذلك سنة دينية فى نظام الدولة يجرى عليها الولاة والسلاطين فى الممالك الإسلامية[٢].

ومع هذا فقد ورد عن بعض المؤرخين ما يفيد أن الدولة الإسلامية اتخذت حكم ولاية الحسبة فى عهد عمر بن الخطاب ، فيقول رفيق العظم فى كتابه (أشهر مشاهير الإسلام) إن أول من وضعها ، أى ولاية الحسبة على ما يظهر ، عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، فقد جاء فى كنز العمال (فيما رواه ابن سعد عن الزهرى أن عمر بن الخطاب استعمل عبد الله بن عتبة على السوق) ، وقال العلماء : هذا أصل ولاية الحسبة .

وهذا الاستظهار غفلة مما ورد فى شأن الحسبة عن الرسول صلى الله عليه وسلم فى أصل اختصاصها والتولية فيها ، خصوصاً وأن كلام الزهرى ليس فيه أنه أول من استعمل على الحسبة[٣].

شروط المحتسب :

ذكر الفقهاء شروطاً للمحتسب ، فقالوا : يجب أن يكون مكلفاً مؤمناً ، آمناً ، عالماً بحكم الشرع .

واشترط الإمام الماوردى فوق ذلك أن يكون عدلا عاملا بما يأمر به ، منتهياً عما ينهى عنه ، لعموم قوله تعالى: « يا أيها الذين آمنوا لِمَ تقولون ما لا تفعلون * كبر

---

(١) راجع : التلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير ، ج ٣ ، ص ١٤.

(٢) يراجع : نظام القضاء فى الإسلام للدكتور محمد جمال الدين عواد ، ص ١٣٦ و ١٣٧

(٣) المرجع السابق .

مقتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون »[1]. وقوله تعالى : « أتأمرون الناس بالبر وتنسون أنفسكم »[2].

وقال الإمام الغزالى إنه لا يشترط ذلك، لعموم ما ورد فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر من الكتاب والسنة ، ولأن اشتراط ذلك قد يعطل الاحتساب كما قال سعيد ابن جبير : (إن لم يأمر بالمعروف، إلا من لا يكون فيه شىء، لم يأمر أحد بشىء) .

ويدل على ذلك ما ورد عن أنس بن مالك أنه قال : (قلنا : يا رسول الله ، ألا تأمر بالمعروف حتى نعمل به كله ، ولا ننه عن المنكر حتى نجتنبه كله ؟ فقال : بل مروا بالمعروف وإن لم تعملوا به كله ، وانهوا عن المنكر وإن لم تجتنبوه كله) .

وقال فريق من الفقهاء : إن الحسبة وإن صحت من كل مسلم تتوافر فيه شروطها ، إلا أنها لا تجب إلا بتفويض من ولى الأمر ، لما فيها من ولاية واحتكام ، ولما قد يؤدى إليه من فوضى واضطراب وفتن وقلاقل .

أما جمهور الفقهاء فيرون وجوبها على كل مسلم قادر ، لقوله تعالى : « والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ، يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر »[3] ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : (المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً) .

والذى تطمئن إليه النفس أن مجرد النصح بالحكمة والموعظة الحسنة أمر لا يحتاج إلى إذن ، ويجب على كل مسلم وجوباً كفائياً ، أما ما فوق ذلك من أعمال الحسبة من مقاومة ، وتقديم للقضاء ، فإنه ينبغى أن يكون عن طريق والى الحسبة المعين من قبل الإمام ، ولا مانع لأى مسلم من تبليغ والى الحسبة عن أى منكر يراه ، ليقوم هو بدوره ويحكم وظيفته بمقاومته[4].

الفرق بين والى الحسبة والمحتسب المتطوع :

لما كانت وظيفة والى الحسبة هى المحافظة على النظام الدينى والاجتماعى لأخلاق

---

(١) سورة الصف ، الآيتان ٢ و ٣ (٢) سورة البقرة ، الآية ٤٤

(٣) سورة التوبة ، الآية ٧١

(٤) القضاء فى الإسلام للدكتور محمد سلام مدكور ، ص ١٥٠

الأمة ومعاملاتها ، كان لابد من إعطائه سلطة يتميز بها ولا تكون لغيره من المحتسبين المتطوعين ، نذكرها فيما يلى :

١ — أن القيام بوظيفة الحسبة فرض عين عليه بحكم ولايته ، وتعاطيه أجراً عليه ، فلا يجوز له التشاغل عنه بغيره من الأمور الخاصة به ، بخلاف غيره من المحتسبين المتطوعين ، فإن الحسبة فى حقهم واجب كفائى إذا فعله البعض سقط عن الباقين ، فيجوز لبعضهم التشاغل عنه بالأمور الخاصة به إذا قام به البعض الآخر .

٢ — له أن يسمع الدعاوى المتعلقة بحقوق الآدميين فيما يكون منها منكراً ظاهراً وعدواناً بيناً ، وذلك كأن يكون متعلقاً بغش أو تدليس فى مبيع أو ثمن ، أو متعلقاً بمطل أو تأخير لدين مع اليسار والقدرة على الأداء ، لأن مثل هــذه الأمور من المنكرات التى أقيم للنهى عنها ، فهى من طبيعة عمله ، لكن هذا مقصور على الحقوق المعترف بها .

فأما ما فيه تجاحد وتناكر ، فلا يجوز سماعه ولا التعرض لتحقيقه والحكم فيه ، لأن ذلك يحتاج إلى سماع بينة ، واستحلاف يمين ، وما إلى ذلك ، وهذا من اختصاص القضاء .

٣ — أن والى الحسبة منصوب للاستعانة به عندما تقضى الضرورة بالاستعانة به فيجب أن يجيب دعوة من استعان به لرفع ظلم أو منع وقوعه ، بخلاف المحتسب المتطوع فإجابة من استعان به قد تكون واجباً كفائياً فى حقه ، وقد تكون مندوبة .

٤ — يجب على والى الحسبة أن يبحث عن المنكرات الظاهرة لينكرها ، كما يجب عليه البحث عما تركه الناس من المعروف ليأمر به .

وليس ذلك واجباً على المحتسب المتطوع ، أما ما لم يظهر من المحظورات ، فليس للمحتسب أن يبحث عنها ولا أن يهتك الأستار فيها ما دامت من الصغائر ، حتى قيل : إن سمع أصوات عصاة منكرة من دار تظاهر أهلها بأصواتهم ، أنكرها خارج الدار ولم يهاجمهم بالدخول ، أما فى مثل القتل والزنا ، ومثلها من الكبائر التى يخشى فواتها إذا لم يتجسس ويقوم على الكشف والبحث ، فإنه ينبغى له أن يفعل .

٥ — يجوز لوالى الحسبة أن يتخذ له أعواناً وجنداً ليكون أقدر على تنفيذ ما وكل

إليه ، ولايجوز ذلك للمحتسب المتطوع ، وله أن يعزر على المنكرات الظاهرة التى لا تدخل فى باب الحدود .

٦ – يجوز لوالى الحسبة أن يرتزق من بيت المال على حسبته .

٧ – يجوز لوالى الحسبة أن يجتهد فيما يتعلق بالعرف دون الشرع ، وينكر ما أداه إليه اجتهاده ، وليس لغيره ذلك :

٨ – يجوز لوالى الحسبة إلزام المدعى عليه بأداء الحق الواجب عليه فى الحقوق التى يجوز له سماع الدعوى فيها من كل ما هو متعلق بمنكر ظاهر[١].

ولا شك أن هذه الأمور التى امتاز بها والى الحسبة عن غيره مما تعينه على أداء ما وجب عليه بحكم ولايته ، فيكون أقدر من غيره على تحقيق الأوامر الشرعية ، وإنكار المنكرات التى حظرتها .

وزيادة على ما تقدم يشترط فى والى الحسبة أن يكون عفيفاً عن أموال الناس ، متورعاً عن قبول الهدية من المتعيشين وأرباب الصناعات ، فإن ذلك من باب الرشوة ، وأكل أموال الناس بالباطل الذى نهى عنه الشارع الحكيم ، وتوعد عليه باللعن والطرد من رحمة الله تعالى .

فقد قال الله جل شأنه : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون »[٢].

وعن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : (لعنة الله على الراشى والمرتشى فى الحكم) رواه أحمد وأبو داود والترمذى ، وعن عبد الله بن عمرو قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : (لعنة الله على الراشى والمرتشى) رواه الخمسة إلا النسائى وصححه الترمذى ، وعن ثوبان قال : (لعن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الراشى والمرتشى والرائش) يعنى الذى يمشى بينهما . رواه أحمد[٣].

---

(١) انظر : الحسبة فى الإسلام ، ص ٧٨ ، والقضاء فى الإسلام ، ص ١٥٠ و ١٥١ ونظام القضاء فى الإسلام ، ص ١٣٨ و ١٣٩

(٢) سورة البقرة ، الآية ١٨٨

(٣) راجع : نيل الأوطار ، ج ٩ ، ص ١٧٠

والحكمة فى نهى والى الحسبة عن أكل أموال الناس ، أن التعفف أصون لعرضه ، وأقوم لهيبته .

ولما كان والى الحسبة لا يستطيع القيام بمهام ولايته وحده بدون أعوان وبغير إرهاب ، فلذلك قال العلماء : إن المحتسب له أن يتخذ سوطاً ، ودرة ، وشارة تميزه عن غيره ، فإن ذلك أرعب لقلوب العامة وأشد تخويفاً ، وعليه أن يراقب أعوانه ، ويلزمهم بما التزمه من شروط ، فإن أكثر ما تتطرق التهمة إلى المحتسب من أعوانه وغلمانه ، فإن علم أن أحداً منهم أخذ رشوة أو قبل هدية صرفه عنه ، لتنتفى عنه الظنون ، وتنجلى عنه الشبهات[1].

وهذه الشروط والآداب التى يتحلى بها والى الحسبة ، تقرر مكانة المحتسب ، وترفع منزلته فى نفوس الناس ، فإن من يستجمع هذه الشروط ، وتلك الآداب ، جدير بالتبجيل والتعظيم ، خليق بأن يرهب ، ويخشى جانبه .

وقد كان لولاية الحسبة مكانتها وهيبتها فى كل البلاد الإسلامية ، حتى إن ولاة الحسبة كانوا يقتحمون على العظماء مجالسهم وأنديتهم ، كما كانوا يوجهون الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر إلى الولاة والحكام بلا خوف ، ولا وجل .

ومن ذلك ما حكاه الشيزرى أن أحد سلاطين بغداد طلب تولية محتسب له ، فذكروا له رجلا من أهل العلم ، فأمر بإحضاره ، فلما بصر به قال : إنى وليتك أمر الحسبة على الناس بالأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر . فقال المحتسب : إن كان الأمر كذلك ، فقم عن هذه الطراحة[2] وارفع هذا المسند ، فإنهما حرير ، واخلع هذا الخاتم ، فإنه ذهب ، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فى الذهب والحرير : (إن هذين حرام على ذكور أمتى ، حل لإناثها) . وعن أبى موسى الأشعرى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (أحلّ الذهب والحرير للإناث من أمتى ، وحرّم على ذكورها)[3].

---

(١) الحسبة فى الإسلام للشهاوى ، ص ٨٠

(٢) الطراحة ، جمعها طواريح ، مرتبة يفترشها السلطان إذا جلس ، يراجع : (السلوك فى معرفة دول الملوك) ، ج ١ ، ص ٤٤٩ ، حاشية ٣ .

(٣) بدائع المنن فى جمع وترتيب مسند الشافعى والسنن ، جمع العالم الكبير أحمد عبد الرحمن البنا الشهير بالساعاتى ، ج ٢ ، ص ٤٠٥ ، وإرواء الغليل لمحمد ناصر الألبانى ، ج ١ ، ص ٣٠٥

فلما سمع السلطان ذلك نهض عن طراحته وأمر برفع مسنده وخلع الخاتم من إصبعه وقال : قد ضممت إليك النظر فى أمور الشرطة ، فما رأى الناس محتسباً أهيب منه .

ومر المحتسب ببغداد يوماً على باب دار القاضى ابن حماد ، فرأى الخصوم جلوساً على بابه ينتظرون جلوسه ، لينظر بينهم ، وقد علا النهار ، وهجرت الشمس ، فوقف واستدعى حاجبه وقال له : تقول لقاضى القضاة ، الخصوم جلوس بالباب ، وقد بلغتهم الشمس ، وتأذوا بالانتظار ، فإما جلست ، وإما بلغهم عذرك ، لينصرفوا ، ويعودوا إذا زال العذر[١].

ومن هذا يتضح أن المحتسب قد تصل به الحال إلى الاحتساب على ذوى المناصب العظام كلما رأى تقصيراً فيما يلزم فعله منهم .

آداب المحتسب :

أما الآداب التى ينبغى للمحتسب أن يتحلى بها حتى تكون دعوته مقبولة مثمرة ، مؤدية للغرض المقصود منها ، فإننا نذكر منها ما اتفق عليه الفقهاء فيما يلى :

الأول : أن يكون من شيمته العمل بعلمه ولا يكون ممن قال الله تعالى فيهم : « مثل الذين حملوا التوراة ثم لم يحملوها كمثل الحمار يحمل أسفاراً »[٢]. وقول النبى صلى الله عليه وسلم : (ويل لجماع القول ، ويل للمصرين)[٣] يريد الذين يستمعون القول ولا يعملون به . وروى عبد الله بن وهب عن سفيان أن الخضر عليه السلام قال لموسى عليه السلام : (يابن عمران ، تعلم العلم لتعمل به ، ولا تتعلمه لتحدث به فيكون عليك بوره ، ولغيرك نوره)[٤].

الثانى : ألا يخالف قوله فعله ، وألا يأمر بما لا يأتمر به ، وألا يسر غير ما يظهر ، حتى لا يتعرض لسخرية الناس واستهزائهم به ، فإن من قال ما لا يفعل فقد مكر ، ومن أمر بما لا يأتمر فقد خدع ، ومن أسر غير ما يظهر فقد نافق . على أن أمره بما

---

(١) الحسبة فى الإسلام للشهاوى ص٨١ و ٨٢ (٢) سورة الجمعة ، الآية ٥
(٣) أبو داود ، كتاب الأدب ، ص٨٠ ، ومسند أحمد بن حنبل ، ج ٢ ص١٦٥ ، ٢١٩
(٤) رواه الدارمى بلفظ حدثنى أبو كبشة .. قال : سمعت أبا الدرداء يقول : إن من أشر الناس عند الله منزلة يوم القيامة عالم لاينتفع بعلمه ، ج ١ ، ص ٨٢

لا يأتمر به وإنكاره مالا ينكره من نفسه مستقبح، وفى الغالب يكون ذلك سبباً فى إغراء من أمره ، ومن نهاه ، بعدم الامتثال مع توجيه اللوم له ، والإنكار عليه .

وقد أخبر الله تعالى عن شعيب عليه السلام حين دعا قومه لعبادة الله ، ونهاهم عن نقص المكاييل والموازين ، وعن البخس والفساد فى الأرض : « قال يا قوم أرأيتم إن كنت على بينة من ربى ورزقنى منه رزقاً حسناً ، وما أريد أن أخالفكم إلى ما أنهاكم عنه إن أريد إلا الإصلاح ما استطعت وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب »(١).

وهذا لا يعنى أن الأمر بالمعروف يصير ممنوعاً بالفسق ، فإن الفسق إنما يمنع أثره البالغ ، فلا تصل الدعوة إلى قلوب من يعلمون بفسق الآمر ، ودليل ذلك ما روى عن أنس رضى الله عنه قال : (قلنا : يا رسول الله ، ألا نأمر بالمعروف حتى نعمل به كله ، ولا ننهى عن المنكر حتى نجتنبه كله) . فقال صلى الله عليه وسلم : (بل مروا بالمعروف وإن لم تعملوا به كله) . وقال سعيد بن جبير : إن لم يأمر بالمعروف ولم ينه عن المنكر إلا من لا يكون فيه شيء لم يأمر أحد بشيء . فأعجب مالكاً ذلك من سعيد ابن جبير(٢) . ولأنه لا يشترط أن يكون المحتسب معصوماً عن المعاصى كلها، فإن من شأن اشتراط ذلك أن يكون خرقاً للإجماع ، إذ لا عصمة للصحابة فضلا عمن هو دونهم .

الثالث : أن يكون حسن الخلق ، لين الجانب ، طلق الوجه ، طيب الكلمة ؛ فإن الإنسان إذا حسنت أخلاقه كثر أصدقاؤه ، وقل أعداؤه ، فتسهل عليه الأمور الصعاب ، وتلين له القلوب الغضاب ، ومن ثم فإن المحتسب الذى يتحلى بحسن الخلق يستطيع أن ينفذ إلى قلوب الناس فيحملهم ذلك على امتثال أمره ، واجتناب نهيه ، وقبول دعوته .

ولهذا مدح الله نبيه محمداً صلى الله عليه وسلم بقوله : « وإنك لعلى خلق عظيم »(٣).

وقد ورد فى فضيلة حسن الخلق كثير من الأحاديث والآثار ليس هنا محل ذكرها وحسبنا أن نذكر أنه لا يفيد فى مقام الحسبة العلم والورع بقدر ما يفيد حسن الخلق ،

---

(١) سورة هود ، الآية ٨٨

(٢) راجع : إحياء علوم الدين ، ج ٧ ، ص ١١٩٨ ، طبعة الشعب .

(٣) سورة القلم ، الآية ٤

فإن الخلق له المقام الأول والأسمى فى نجاح دعوة الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الإسلام الحنيف ، ونحن بالطبع مأمورون بأن نترسم خطى الرسول الأعظم ، ونسير على النهج الذى سار عليه إذا أردنا الفوز والفلاح .

الرابع : أن يكون رفيقاً فى نصحه وإرشاده ، وأمره ونهيه ، فإن ذلك أبلغ فى استمالة القلوب إليه ، وحصول المقصود فيما يدعو إليه ، فقد قال تعالى لنبيه : « فبما رحمة من الله لنت لهم ولو كنت فظاً غليظ القلب لانفضوا من حولك »[1]. وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لا يأمر بالمعروف ، ولاينه عن المنكر ، إلا رفيق فيما يأمر به ، رفيق فيما ينهى عنه ، حليم فيما يأمر به ، حكيم فيما ينهى عنه ، فقيه فيما يأمر به ، فقيه فيما ينهى عنه) .

وقد رسم النبى صلى الله عليه وسلم طريق الرفق فيما رواه أبو أمامة قال : (إن غلاماً شاباً أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : (يانبى الله ، أتأذن لى بالزنا ؟ فصاح الناس به ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : قربوه ، فدنا حتى جلس بين يديه صلى الله عليه وسلم ، فقال له النبى : أتحبه لأمك ؟ فقال الغلام : لا .. جعلنى الله فداك ، قال النبى صلى الله عليه وسلم : كذلك الناس لا يحبونه لأمهاتهم ، أتحبه لابنتك ؟ قال : لا .. جعلنى الله فداك ، قال النبى صلى الله عليه وسلم : كذلك الناس لا يحبونه لبناتهم ، أتحبه لأختك ؟ .. ومازال حتى ذكر له العمة والخالة ، وهو يقول فى كل واحدة : لا .. جعلنى الله فداك ، وهو صلى الله عليه وسلم يقول : كذلك الناس لا يحبونه ، ثم وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم يده على صدره وقال : اللهم طهر قلبه ، واغفر ذنبه ، وحصن فرجه فلم يكن شىء أبغض إليه من الزنا)[2].

وثبت أن رجلا دخل على المأمون ، فأمره بمعروف ونهاه عن منكر ، وأغلظ له فى القول ، فقال له المأمون : ياهذا ، إن الله تعالى أمر من هو خير منك أن يلين القول لمن هو شر منى ، فقال لموسى وهارون : «فقولا له قولا ليناً لعله يتذكر أو يخشى »[3]

الخامس : أن يقصد بقوله وفعله وجه الله تعالى وابتغاء مرضاته ، فلا يبالى فى احتسابه ببغض الناس له وسخطهم عليه أو رضائهم عنه ، وإعجابهم به ، امتثالا لقوله

(١) سورة آل عمران ، الآية ١٥٩ (٢) الحسبة فى الإسلام ، ص ٥٧ — ٦٥

(٣) سورة طه ، الآية ٤٤

صلى الله عليه وسلم : (من أرضى الله بسخط الناس كفاه الله شرهم ، ومن أرضى الناس بسخط الله وكله الله إليهم ، ومن أحسن فيما بينه وبين الله تعالى أحسن الله فيما بينه وبين الناس ، ومن أصلح سريرته أصلح الله علانيته ، ومن عمل لآخرته كفاه الله أمر دنياه) .

السادس : أن يتخلق بالصبر على ما يصيبه من الأذى ، فإن ذلك من عزم الأمور الذى به يكون النجاح فى الدعوة ، والفوز فى الآخرة بجزيل الثواب .

وقد حكى القرآن عن لقمان فى تأديبه ولده قوله : « يا بنى أقم الصلاة وأمر بالمعروف ، وانه عن المنكر واصبر على ما أصابك ، إن ذلك من عزم الأمور »[1] .

وقد أوصى بعض السلف بنيه ، فقال : (إذا أراد أحدكم أن يأمر بالمعروف فليوطن نفسه على الصبر ، وليثق بالثواب من الله تعالى ، فمن وثق بالثواب من الله لم يجد مس الأذى) .

السابع : أن يكون مواظباً على سنن الرسول صلى الله عليه وسلم : من قص الشارب ، ونتف الإبط ، وحلق العانة وتقليم الأظافر ، ونظافة الثياب ، وتقصيرها ، والتعطر بالمسك .

وخلاصة القول فى ذلك أن يكون متحلياً بالمستحبات الشرعية ، زيادة على أداء الفرائض والواجبات ، فإن ذلك يورثه هيبة ووقاراً ، وصفاء نفس ، ونوراً ، مما يجعل قوله مقبولا ، ووعظه مثمراً ، مرغوباً فيه ، وثواب ذلك عند الله عظيم .

أما كون المحتسب مأذوناً له من قبل الإمام أو الوالى ، فإن هذا الشرط كما قال الإمام الغزالى فاسد ، لأن الآيات والأخبار تدل على أن كل من رأى منكراً فسكت عليه عصى ، إذ يجب نهيه أينما رآه ، وكيفما رآه على العموم ، فالتخصيص بشرط التفويض من الإمام تحكم لا أصل له[2] . ونحن لا نتفق مع هذا الرأى على إطلاقه ، لأن ضوابط أو معايير المصلحة العامة لا تستقيم مع هذا القول فى هذا الزمان .

السند الشرعى لولاية الحسبة :

قد يتساءل البعض عن مصدر سلطة المحتسب ، من أين يستمد المحتسب ولايته ؟

---

(١) سورة لقمان ، الآية ١٧ (٢) راجع : الإحياء ، ج ٧ ، ص ١٢٠١

هل يستمدها من الإمام أو يستمدها من القاضي ، وبعبارة أخرى هل هي ولاية مستقلة من ولايات الدولة ، أو هي جزء من ولاية القضاء ؟.

يقول ابن خلدون ما نصه : (أما الحسبة فهي وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، الذي هو فرض على القائم بأمور المسلمين ، يعين لذلك من يراه أهلا له ، فيتعين فرضه عليه ، ويتخذ الأعوان لذلك ، ويبحث عن المنكرات ، ويعزر ، ويؤدب على قدرها ، ويحمل الناس على المصالح العامة ، في المدينة ، مثل المنع من المضايقة في الطرقات ، ومنع الحمالين وأصحاب السفن من الإكثار في الحمل[1] .. إلخ) .

ومع هذا فإن مرجع هذه الولاية لم يستقر في جميع أدواره على حالة واحدة ، ولكنه تقلب مع تقلب نظم الحكم في الممالك الإسلامية ، فقد كانت الحسبة متصلة بولاية القضاء حينما كانت السلطة مع الخلافة ، ولكن حينما انفصل السلطان عن الخلافة أفردت الحسبة بولاية مستقلة ، وفي ذلك يقول ابن خلدون : (إن صاحب هذه الوظيفة هو القائم على الأحكام التي يتنزه عنها القاضي لعمومها وسهولة أغراضها ، فوضعها على ذلك أن تكون خادمة لمنصب القضاء ، وقد كانت في كثير من الدول الإسلامية في مصر والمغرب والأمويين بالأندلس ، داخلة في عموم ولاية القاضي ، يولى فيها باختياره ثم لما انفردت وظيفة السلطان عن الخلافة وصار نظره عاماً في أمور السياسة اندرجت في وظائف الملك وانفردت بالولاية ، ثم إن رتبة الحسبة أخفض من رتبة القضاء ، وهو أقل من رتبة المظالم ، ولذلك جاز لوالي المظالم أن يرفع إلى القاضي وإلى المحتسب وجاز للقاضي أن يرفع إلى المحتسب ، ولا يجوز للمحتسب أن يرفع إلى واحد منهما)[2].

المراحل التاريخية لولاية الحسبة :

يرجع تاريخ الحسبة إلى عهد البعثة النبوية الشريفة ، أخذاً من قوله سبحانه وتعالى : « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون »[3] فهذا أمر من الله لنبيه أن يكون في الأمة الإسلامية من يدعو إلى الخير ويأمر بالمعروف وينهى عن المنكر .

---

(١) مقدمة ابن خلدون ، ص ١٧٣

(٢) انظر : نظام القضاء في الإسلام ، ص ١٣٧ و ١٣٨

(٣) سورة آل عمران ، الآية ١٠٤

وقد تولى رسول الله صلى الله عليه وسلم الحسبة بنفسه ، وقلدها غيره وتبعه من بعده الخلفاء، ثم صارت ولاية من ولايات الإسلام،ونظاماً من أنظمة الحكم التى جرى عليها الولاة والحكام ، فكانت موجودة بجوار ولاية القضاء ، وولاية المظالم ، وغيرها من الولايات .

ويمكننا أن نرجع طبيعة العمل والولاية فيها إلى قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الترمذى عن أبى هريرة رضى الله عنه ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على صبرة طعام ، فأدخل يده فيها ، فنالت أصابعه بللا ، فقال عليه الصلاة والسلام : (ياصاحب الطعام ، ماهذا ؟ فقال : أصابته السماء يارسول الله ، فقال : أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس ؟ ، ثم قال : من غشنا فليس منا)[١].

فهذا نهى عن منكر ، وهو غش الطعام ، ومراقبة لما يقع فى الأسواق من غش وتغرير .

وروى البخارى عن نافع عن ابن عمر أنهم كانوا يشترون الطعام من الركبان[٢] على عهد النبى صلى الله عليه وسلم ، فبعث عليهم من يمنعهم أن يبيعوه ، حتى يؤدوه إلى رحالهم .

وقال أبو عمر بن عبد البر : (استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم سعيد بن العاص بن أمية على سوق مكة)[٣].

فهذا كله يفيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يدفع الحسبة إلى وال يأمر الناس فى الأسواق بالمعروف وينهاهم عن المنكر ، كما يفيد أنها كانت على عهده صلى الله عليه وسلم ، وإن كان شأن هذه الولاية فى عهده كان ضيقاً محدوداً ، كما هو شأن كل ولاية فى بدء نشأتها وتكوينها .

وكان عمر بن الخطاب يقوم بوظيفة الحسبة بنفسه ، فكان يشارف السوق ، ويراقب الموازين والمكاييل ، كما كان يستعمل الولاة ، ويدفعهم إلى القيام بها .

فقد أخرج ابن الجوزى عن المسيب بن دارم قال : رأيت عمر بن الخطاب رضى الله عنه يضرب حمالا ويقول : (قد حملت جملك مالايطيق) . وفى كنز العمال ، عن

---

(١) سبق تخريجه فى ص ٢١ (٢) راجع : نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ١٨٨

(٣) رواه ابن ماجه بلفظ : وكان عمر استعمله على حكمه ، مقدمة ١٦

عبد الله بن ساعدة الهزلى قال : (رأيت عمر بن الخطاب يضرب التجار بدرة ، إذا اجتمعوا على الطعام بالسوق ، حتى يدخلوا سكك أسلم ، ويقول : لا تقطعوا علينا سبلنا) .

وجاء فى كنز العمال ، ما أخرجه ابن سعد عن الزهرى أن عمر بن الخطاب استعمل عبد الله بن عتبة على السوق .

وروى عن على بن أبى طالب ، أنه كان يأمر المتاعب ، أى مسايل الماء ، والكنف تقطع عن طريق المسلمين .

وهذا يقطع أن الخلفاء الراشدين كانوا معنيين بأمر الحسبة ، ومهتمين بشأنها ، إذ كان الخليفة يتولاها بنفسه أو يعين لها من يراه أهلا للقيام بها ، إلا أنها كانت فى دائرة ضيقة أى بالقدر الذى كانت تسمح به حاجاتهم البسيطة وعيشتهم الساذجة[1].

ولما كثرت الفتوحات الإسلامية ، وعمت الهجرة إلى البلاد المفتوحة ، واتسعت الحضارة ، ووجدت المدنيات التى لم يكن للعالم عهد بها ، ترقت الحسبة ترقياً عجيباً ، حتى كانت من أهم الشئون التى عنى بها الولاة والحكام ، فقاموا بتنظيمها ، ووضع قواعدها ، وتحديد اختصاصاتها ، وبيان سلطة متوليها ، وهذا واضح من آثار الحسبة على عهد الفاطميين بمصر والشام ، والأمويين بالأندلس .

فقد كان للمحتسب فى عهد الفاطميين نواب يطوفون فى الأسواق ، فيفتشون القدور واللحوم وأعمال الطهاة ، ويلزمون رؤساء المراكب ألا يحملوها أكثر مما يجب حمله من السلع ، ويشرفون على السقائين لضمان تغطيتهم للقرب ، ويرقبون لبسهم السراويل حتى لا يخرجوا على الآداب العامة ، ويمنعون معلمى الكتاتيب من ضرب الصغار ضرباً مبرحاً . وكذلك كان المحتسب يجلس للفصل بين الخصوم فى جامع عمرو والأزهر ، واتسعت سلطته حتى ألزم رجال الشرطة بتنفيذ أحكامه ، وكان يتقاضى راتباً مقداره ثلاثون ديناراً شهرياً[2].

---

(١) يراجع : الحسبة فى الإسلام ، ص ١٠٣ وما بعدها .
(٢) الخطط للمقريزى ، ج ١ ، ص ٤٦٣ وما بعدها .

أما فى الأندلس : فكان يتولى الحسبة ، فى كل مدينة موظف يسمى المحتسب أو صاحب السوق ، لأن معظم عمله متعلق بالإشراف على أهل الأسواق ، وكان يشترط فيمن يتولى هذه الوظيفة أن يكون من المشهود لهم بالعلم والمعرفة والفطنة، ويختار من بين القضاة ، لأن عمله مرتبط بالقضاء ، وقد حدد المقريزى سلطة المحتسب فى الأندلس بقوله :كان لهم فى أوضاع الاحتساب قوانين يتداولونها، ويتدارسونها كما تتدارس أحكام الفقه ، لأنها عندهم تدخل فى جميع البياعات(١).

كما كانت الحسبة فى الأندلس تقوم على ماتقضى به الضرورة فى المعاملات ، بحيث يمكن أن يقال إن نظام الحسبة فى المغرب والأندلس قد استمر طوال العصور الوسطى ، وأحسن دليل على أهمية الحسبة من ناحية تنظيم العلاقات الاجتماعية وسرعة توصيل الحقوق إلى أصحابها عندما يحتاج الأمر إلى ذلك ماروى أن ملوك الأسبان المسيحيين كانوا كلما استردوا من المسلمين إقليماً أقروا المحتسب فى عمله ، ويسمونه الوالى ، لأنه يعهد إليه بالإشراف على الموازين والمكاييل ، أما فى المغرب فليس أدل على أهمية الحسبة من استمرارها فى المدن الغربية حتى اليوم(٢) . وما زال نظام والى الحسبة معمولا به فى المملكة العربية السعودية تحت إشراف هيئة الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر .

شبهات مردودة حول الجذور التاريخية لقضاء الحسبة :

من الباحثين من يرى أن نظام الحسبة فى الإسلام مقتبس من الشرائع السابقة عليه ، أو على الأقل تأثر بالأنظمة الرومانية أو البيزنطية ، ولعل هذا القول متفرع عن زعم البعض قديماً أو حديثاً بأن الفقه الإسلامى استمد بعض أصوله وقواعده من الفقه الرومانى ، وقد بنوا هذا الزعم على حجج واهية سقطت بما قرره أهل العقول من فقهاء الغرب والشرق من أن الفقه الإسلامى تشريع قائم بذاته ليس مأخوذاً عن غيره ، كما أنه حى قابل للتطور وأن مافيه من آراء فقهية ثروة ضخمة تسع ما يجد فى الحياة من أحداث(٣).

---

(١) نفح الطيب ، ج ١ ، ص ١٠٣ (٢) تاريخ الإسلام ، ج ١٣ ، ص ٣١٧

(٣) انظر : عبقرية الإسلام فى أصول الحكم لمنير العجلانى ، ص ٣٣٩ ، والحسبة والمحتسب فى الإسلام لنقولا زيادة ، ، ص ٣١ ، ونظام الحكم فى الشريعة للأستاذ ظافر القاسمى ، ص ٦٠ ، والقضاء وحجية الحكم الغيابى فى الفقه الإسلامى للدكتور الحسينى سليمان جاد ، ص ٤٧

والذى يزعم اقتباس نظام الحسبة فى الإسلام من الشرائع الأخرى يقول : إن بلاد الشام كانت قبل الفتح الإسلامى جزءاً من الإمبراطورية الرومانية ، وكان فيها موظف أعماله مشابهة تماماً لأعمال المحتسب فى الإسلام ، وكذلك الاختصاصات ، ولا يرفض العقل أن يكون الأمويون قد أقروا المحتسب الرومانى مدة فى عمله كما أقروا مثلا عامل الخراج ، مما يعنى أن الحسبة فى الإسلام اقتباس عن الأصل الرومانى ، وهذه شبهة قديمة يحلو للأسف الشديد لبعض المسلمين ترديدها والميل إليها تبعاً لبعض المستشرقين الذين يزعمون أنه كان من ضمن الوظائف التى عرفتها المدن اليونانية والتى نشرها اليونان فى أنحاء الشرق الأدنى إثر استيلائهم عليه وظيفة باسم صاحب السوق ، وكان عمل هذا الموظف الإشراف على شئون السوق من حيث صحة الأوزان والمكاييل وجودة المتاجر المعروضة للبيع وسلامة المعاملات ، وقد نشر اليونان هذه الوظيفة فى المدن التى أوجدوها واحتفظ بها الرومان والبيزنطيون ، مما يعنى أن هذه الوظيفة استمرت لمدة ألف سنة من فتح الإسكندر إلى الفتح العربى .

وهذا وغيره يؤكد أن نظام الحسبة فى الإسلام مقتبس من شرائع سابقة عليه[1].

والحق الذى لامراء فيه أن هذا القول ومثله لانصيب له من الصحة للأدلة الآتية :

أولا : أن الحسبة فى الإسلام انطلقت من مبدأ دينى سماوى ، وهو مبدأ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر الذى يمثل جزءاً هاماً من التشريع الإسلامى . كما أن الحسبة فى الإسلام وظيفة دينية قائمة على قاعدة الحلال والحرام ، والثواب والعقاب فى الدنيا والآخرة[2] ، فلا يعقل أن يقال إنها ارتكزت على الحسبة السابقة على الإسلام .

ثانياً : إن وجود هذا الموظف المدنى يعنى أن وظيفته مدنية محضة من حيث مبدأ الوجود ومن حيث التطبيق ، ومن حيث أساليب العمل ، مما يجعلها تجنح عن طبيعة نظام الحسبة فى الإسلام ، فكيف يقال إن الشريعة الإسلامية اقتبسته من الأنظمة الرومانية أو البيزنطية أو غيرهما فى هذا الشأن أو غيره ؟

---

(١) نظام الحكم فى الشريعة للأستاذ ظافر القاسمى ، ص ٦١١ ، والقضاء وحجية الحكم الغيابى فى الفقه الإسلامى للدكتور الحسينى سليمان جاد ، ص ٤٨ و ٤٩

(٢) المقدمة لابن خلدون : ٢ / ٦٣٦

ثالثاً : أن الاتصال والاحتكاك الفعلى بين المسلمين وغيرهم من الشرق أو الغرب لم يتم إلا بعد وفاة النبى صلى الله عليه وسلم فى عهد الخليفة عمر بن الخطاب رضى الله عنه إزاء الإسلامى الفتح المتتابع .

والثابت أن النبى صلى الله عليه وسلم عين سعيد بن سعيد بن العاص على سوق مكة بعد فتحها مباشرة عام ٨ هـ ، وكان ذلك قبل وقوع أى اتصال بين المسلمين وجيرانهم من الروم أو غيرهم ، فإذا ما عرفنا أن جميع الولايات الإسلامية إنما مقصودها الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر أدركنا أن نظام الحسبة فى الإسلام يتمتع باستقلالية تامة من حيث المنشأ والقواعد والتطبيق والطبيعة والرقى .

والذى يؤكد ذلك تمسك البقاع التى انحسر عنها ظل الحكم الإسلامى فيما بعد ، بهذا النوع من القضاء ، كما أن الصليبيين عندما حضروا إلى الشرق الإسلامى ثم عادوا إلى بلادهم نقلوا هذا النظام إلى بلادهم .

ثم إن الحسبة فى الإسلام وليدة إشراق النور على مكة مع بدء الوحى ، بل إن عبارة ابن خلدون تشير إلى أن تاريخ الحسبة فى الإسلام نشأ قبل فتح مكة وقبل الهجرة إلى المدينة ، وفى ذلك يقول ابن تيمية : وجميع الولايات الإسلامية إنما مقصودها الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، سواء فى ذلك ولاية الحرب الكبرى ، مثل نيابة السلطنة الكبرى ، والصغرى مثل ولاية الشرطة وولاية الحكم أو ولاية المال ، وهى الدواوين والمالية وولاية الحسبة[1] ، وإذا كان الأمر كذلك فكيف يقال : إن الفقه الإسلامى نقل عن غيره فى الحسبة أو غيرها ؟ ؟

رابعاً : أن رسالة الله للبشر عن طريق رسله الكرام إما إخبار وإما إنشاء، فالإخبار عن نفسه وعن خلقه مثل التوحيد والقصص الذى يندرج فيه الوعد والوعيد والإنشاء مثل الأمر والنهى .. ولم يقل لنا من قال بفضل أسبقية الحسبة فى الشرائع السابقة على الإسلام وتأثر التشريع الإسلامى بها ، عن مبادئها وقواعدها وتطبيقاتها .. وغير ذلك ، لنرى هل ذلك متفق وأصول الأمر والنهى فى الإسلام أولا ؟؟ وهل يوجد فى حسبة روما أو بيزنطة أن مفسدة الأمر والنهى إذا كانت أعظم من مصلحته لم تكن بما أمر

(١) الحسبة فى الإسلام ، ص ٨

الله به وإن كان فى ترك واجب وفعل محرم ، إذ المؤمن عليه أن يتقى الله فى عباده وليس عليه هداهم .. والأمر والنهى وإن كانا من لوازم اجتماع بنى آدم فهل فنية الأمر والنهى فى الإسلام مقتبسة من روما أو بيزنطة ؟ يقول الفضيل بن عياض مشيراً إلى طبيعة المحتسب وغيره فى الإسلام : (العمل إذا كان صواباً ولم يكن خالصاً لم يقبل ، وإذا كان خالصاً ولم يكن صواباً لم يقبل حتى يكون خالصاً صواباً ، والخالص أن يكون لله ، والصواب أن يكون على السنة[1].

اختصاصات المحتسب :

لا نريد فى هذا البحث أن نطوف فى أرجاء وظيفة المحتسب ، وحسبنا أن نبين أن اختصاصات المحتسب تتسق وفكرة العدل التى لا تجعل للهوى منزعاً أو جنوحاً إلى ظلم أو تعسف ، فهى أشبه ما تكون بالتيار الخفى المنتظم الذى يرتد إلى تلك الأصول والمبادئ التى رسمت الإطار العام للتنظيم الاجتماعى لأمة الإسلام — كما أن بروز ما ظهر منها من ملامح يتوافق والفطرة السليمة التى فطر الله عباده عليها فى كل أمر من أمور الكون ، وهى فكرة تحتاج فى باطنها وظاهرها إلى سلاطة السلطنة الممزوجة ببراعة الحكمة لمصالحة ما يتعلق بالفرد والأسرة والمجتمع والدولة بكيانها السياسى والعمرانى واتساع المدنية وأسباب الحضارة من نظافة عامة وخاصة وصيانة طرق وتعبيد غيرها ، وعناية فائقة بالنبات والحيوان والآلات والمصانع ومنكرات الأسواق وأرباب الحرف ودور العبادة .

فالبلد إذا تعطل شربه أو استهدم سوره ، والمرأة إذا طلقت ولم تعتد ، وأرباب البهائم إذا قصروا فى شأنهم أو حملوها ما لا تطيق ، والفاكهة إذا قطفت قبل نضجها ، ومعرفة القناطير والأرطال والمثاقيل ، والمخنثين من الرجال والمتبرجات من النساء[2].

---

(١) انظر : الحسبة للإمام ابن تيمية ، ص ٣٦ ، ٦٢ ، وانظر الإحياء للإمام الغزالى ٣/٢٥٦ ، والماوردى والفراء فى الأحكام السلطانية ، ص ٢٥٥ وما بعدها ، وص ٢٩٧ وما بعدها ، ونهاية الرتبة ، الباب الثانى ، ص١٠ وما بعدها . والقضاء وحجية الحكم الغيابى ، ص ٥ وما بعدها .

(٢) انظر : الأحكام السلطانية للفراء ، ص ٢٩١ ، وما بعدها ، طبعة دار الكتب العلمية ببيروت .

كل هذا وغيره من اختصاصات المحتسب، وأياً ما كان الأمر فإن اختصاصات والى الحسبة مطلقة لا قيد عليها ، عدا قيد المصلحة ، وهذا يعنى أن النطاق الموضوعى لولاية الحسبة ينحصر بصفة أساسية فى الأخذ بكل السبل المشروعة التى تؤدى للأمر بالمعروف والنهى عن المنكر سواء أكان ذلك متعلقاً بحق من حقوق الله تعالى خالصاً مثل الأمر بصلاة الجماعة فى المساجد وزجر من يترك الصلاة بلا عذر ، أم بحق من حقوق العباد ذات النفع العام أو الخاص ، مثل رعاية المرافق العامة أو مماطلة الديون عند تأخرها على صاحبها دونما عذر ، أو بالحقوق المشتركة ، مثل إلزام المطلقات بأحكام العدة ، وما يجرى فى الأمر يجرى فى النهى .

كما أن النطاق الموضوعى لولاية الحسبة بما يتضمنه من أعمال وسلطات يختلف عن النطاق الموضوعى لولاية القضاء ، وإن كان ثمة صلة بين النطاقين .

والإمام الماوردى يركز على خصائص النطاق الموضوعى لولاية الحسبة بقوله : للناظر فى الحسبة من سلاطة واستطالة فيما يتعلق بالمنكرات ما ليس للقضاة، لأن الحسبة موضوعة للرهبة ، فلا يكون خروج المحتسب إليها بالسلاطة والغلظة تجوراً فيها ولا خرقاً . والقضاء موضوع للمناصفة ، فهو بالأناة والوقار أحق وخروجه عنهما إلى سلاطة الحسبة تجور وخرق ، لأن موضوع كل واحد من المنصبين مختلف ، فالتجاوز فيه خروج عن حده(١).

وإذا كان اختصاص والى الحسبة يكاد ينصب على الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه ، والنهى عن المنكر إذا ظهر فعله ، سواء كان متعلقاً بحقوق الله تعالى أو حقوق العباد ، أو بالحقوق المشتركة بين الله تعالى وبين عباده كما سبق ذكره .

لكن بالرجوع إلى تاريخ الولايات فى الإسلام نرى أن الاختصاصات قد تزيد وقد تنقص ، فليست محددة فى كل الأوقات ولا فى كل الدول ، وذلك راجع إلى نظر الحاكم فيمن يريد أن يوليه أمراً من الأمور :

فقد يضم إلى بعضهم أمراً ليس من اختصاصه أصالة ، لما يتميز به من ذكاء وفطنة وعلم :

---

(١) انظر : الأحكام السلطانية ، ص ٢٤٢ ، طبعة الحلبى بمصر .

لكن اشتهر بين الناس ، أن اختصاص والى الحسبة بجانب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، يحمل الناس على المصالح العامة فى المدائن ، ويمنع كل ما يكون من شأنه المضايقة فى الطرقات : من بروز الحوانيت ، أو وضع السلع فيها ، حتى لايعوق نظام المرور ، ويمنع الحمالين وأهل السفن من الإكثار من الحمل ، فقد روى أن عمر ضرب حمالا ، لأنه حمل جمله مالا يطيق ، ومن عمله الحكم على أهل المبانى المتداعية للسقوط بهدمها وإزالة ما يتوقع منها من أضرار ، ومنع معلمى الصبية من ضربهم ضرباً مبرحاً ، ويمنع التعدى على حدود الجيران ، ويجوز أن يستدعى إليه الناس[1] فيما يتعلق بحقوقهم الداخلة فى وظيفته ، مثل بخس فى كيل أو تطفيف فى وزن أو غش أو تدليس فى بيع ، وحمل الماطلين على الإنصاف ، لأن الاستعداء فى هذا للتجاحد والتناكر ، بل كان الحال يصل بالمحتسب أن يمر على أرباب المناصب العظيمة ، فإذا رأى تقصيراً فيما يلزم فعله منهم آخذهم عليه حتى لايتكرر ذلك منهم ، ومن ذلك ما فعله مع القاضى ابن حماد ، وقد سبق ذكره[2].

يقول الماوردى : (وليس هذا على عموم الدعاوى ، وإنما يختص بثلاثة أنواع : ما يتعلق ببخس أو تطفيف فى كيل أو وزن ، والثانى : ما يتعلق بغش أو تدليس فى بيع أو ثمن ، والثالث : فيما يتعلق بمطل وتأخير لدين مستحق مع المكنة ، لتعلق هذه الدعاوى دون غيرها بمنكر ظاهر هو منصوب لإزالته .

وليس له سماع الدعاوى الخارجة عن ظواهر المنكرات كالدعاوى المتعلقة بالعقود والمعاملات ، وسائر الحقوق التى تتوقف على الدعوى وتسمع فيها البينات .

ولا يتوقف عمل المحتسب وحكمه على نزاع أو استعداء ، بل له أن ينظر ويحكم فيما وصل إلى علمه من أى طريق ، وليس له أن يسمع بينة على إثبات الحق ، ولا أن يحلف يميناً على قضية[3].

---

(١) الأحكام السلطانية ، ص ٢٣٢ (٢) انظر ص ٢٧ من هذا المبحث .
(٣) الأحكام السلطانية للماوردى ، ص ٢٣٣

المبحث الثالث
ولاية التحكيم

تمهيـــد :

علمنا مما سبق أن عمل القاضي الأساسي وفقاً لنظام القضاء الإسلامي هو حسم الخصومات وفصل المنازعات بين الناس ، يؤكد ذلك ما جرى عليه القضاء منذ عصر النبي صلى الله عليه وسلم حتى الآن .. ولا تخلو ولاية القاضي من عموم وخصوص : فإذا كانت ولاية القاضي عامة مطلقة فإنها لا تختص بحالة دون حالة في فصل الخصومات : ويلزم القاضي بها الفصل في الخصومات واستيفاء الحق ممن هو عليه أياً كان نوع هذا الحق في الأموال أو الدماء أو غيرهما ، لأن المقصود من القضاء ذلك[1].

وإذا كانت هذه مهمة القاضي ، فهل تكون ولاية التحكيم خارجة عن المحتوى الموضوعي لولاية القضاء المتسم بالعمومية والنظرة الشمولية ، أو بعبارة أخرى : هل يكون الحق المقضي فيه من قبل قضاء التحكيم خارجاً عن المنازعات التي هي من سلطة ولاية القضاء ؟

يمكن أن نتعرف على ذلك من خلال معرفتنا لمهمة المحكم ومدى القوة الدستورية لحكم قضاء التحكيم . وقد أشار إلى ذلك الفقيه الحنفي الكمال بن الهمام وهو بصدد التفرقة بين القضاء والتحكيم بقوله :

(والمحكم أحط رتبة من القاضي لعدة أمور أهمها ما يلي :

١ — أن القاضي يقضي في أمور ليس من حق المحكم أن يحكم فيها ، كالقصاص والحدود عند فريق من العلماء :

---

(١) بتصرف من الأحكام السلطانية ، ص ٧٠ طبعة الحلبي بمصر ، وتبصرة الحكام للفراء ، ص ٦٥ ، طبعة دار الكتب العلمية ببيروت ، والقضاء وحجية الحكم الغيابي في الفقه الإسلامي ، ص ٥٢ ، ومعين الحكام للطرابلسي ، ص ٣٥ ، طبعة الحلبي ١٣٧٩ هـ ، والكافي لابن قدامة : ٤٣١/٤

٢ - أن حكم المحكم يقتصر على من يرضى بحكمه عند فريق من العلماء :

٣ - عدم ولاية القاضي ، فيتعدى الحكم الصادر عنه إلى غير المتخاصمين كما فى القتل الخطأ ، وما ماثل هذا بخلاف المحكم)[1].

ويقوى هذا النظر ما نقل عن أبي يوسف .. أن المحكم بمنزلة المصالح والواقع منه كالصلح أو هو صلح من وجه ، وبهذا قال الطرابلسى صاحب معين الحكام ، ونص عبارته أن التحكيم نوع من الصلح ، وبذلك تخضع قواعده جملة لأحكام الصلح :

بيد أنه يمكن القول بأن التحكيم وإن كان يدل اجتماعياً على ثقة أطراف الخصومة فى الأشخاص .. الذين يناط بهم ذلك ، وأنه لابد من إيجاب وقبول بين طرفى الخصومة فيما بينهم من جهة وبين أشخاص التحكيم من جهة أخرى ، إلا أن ذلك لا يعنى أن التحكيم نوع من الصلح حيث اقتصر دور أطراف المنازعة على اختيار أشخاص التحكيم التى تقوم بفصل النزاع بينهم . وهذا لا يرقى إلى رتبة الصلح التام ، لأن حقيقة الصلح أن يفصل أطراف الخصومة النزاع القائم بينهم بأنفسهم دون وسيط[2] ، ومعنى هذا أنه صلح من وجه :

معنى التحكيم :

للتحكيم معنى فى اللغة ومعنى عند الفقهاء ، يقال فى اللغة : حكمه فى الأمر تحكيماً : أمره أن يحكم فاحتكم ، وحكمت الرجل : فوضت إليه الحكم ، وتحكم : جار فى حكمه[3] .

ومعناه عند الفقهاء : اختيار الخصوم شخصاً أو عدة أشخاص غير قضاة للحكم بينهم فيما تنازعوا فيه .

وعلى أية حال فإن نظام التحكيم عرف عند العرب فى الجاهلية ، وقد كان المحكم هو صاحب الرأى ، فإذا وقعت خصومة احتكم إليه طرفاها ، وأكثر ما كانت تقع الخصومة بين العرب فى المفاخرة والمنافرة[4].

---

(١) انظر : القضاء فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد رأفت عثمان ، ص ٢٧

(٢) بتصرف من القضاء وحجية الحكم الغيابى ، ص ٥٦ وما بعدها .

(٣) المصباح المنير : ١/٢٠٠ ، والقاموس المحيط : ٤/٩٨

(٤) سميت منافرة لأنهم كانوا يقولون عند المنافرة : أنا أكثر منك نفراً ، وكثيراً ما كانت سبباً فى الحروب .

وفى وقتنا الحاضر قد لايلجأ الخصمان إلى القاضى للفصل فى الخصومة بينهما ، وإنما يلجآن إلى شخص لايتولى منصب القضاء فيحكمانه بينهما ، إما لبعدهما عن مكان القضاء أو اختصاراً لإجراءات التقاضى ، أو لأى غرض آخر ، وهذا هو الحكم أو المحكم .

مشروعية التحكيم :

يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة جواز التحكيم[1] ، وبه قال فريق من فقهاء الشافعية[2] ، وقال آخرون بعدم جواز التحكيم ، وعللوا ذلك بأن التحكيم فيه افتئات على سلطة الحاكم ونوابه ، ولكن هذا التعليل غير مسلم به ، لأن المحكم ليس له سلطة الحبس ولا استيفاء عقوبة لإنسان ثبت عنده ما يستوجبها عند رئيس الدولة ولا نوابه ، وعلى هذا فلا يتحقق هذا الافتيات عليهم[3].

ويرى بعض الشافعية : جواز التحكيم بشرط عدم وجود قاض بالبلد ، لأنه فى هذه الحال توجد الضرورة المجيزة لذلك ، أما إذا كان بالبلد قاض فلا يجوز التحكيم لعدم وجود الضرورة[4] .

دليل المشروعية :

استدل القائلون بمشروعية التحكيم بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول :

أما الكتاب فمنه قوله تعالى : « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما ، إن الله كان عليماً خبيراً »[5] .

فقد أمرنا الله بإرسال الحكمين إذا خفنا الشقاق بين الزوجين ، أملا فى الإصلاح بينهما[6].

واستدلوا من السنة : « بما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أقر حكم سعد بن معاذ الأنصارى فى بنى قريظة ، وأن أبا شريح قال : يا رسول الله : إن قومى إذا اختلفوا فى

---

(١) فتح القدير : ٣١٦/٧ ، وحاشية الدسوقى : ١٣٥/٤ ، والمغنى : ١٠٧/٩
(٢) نهاية المحتاج للرملى : ٢٤٢/٨
(٣) القضاء فى الإسلام للدكتور محمد رأفت عثمان ، ص ٢٧
(٤) نهاية المحتاج : ٢٤٢/٨ (٥) سورة النساء ، الآية ٣٥
(٦) أحكام القرآن لابن العربى : ٤٢٦/١

شيء فأتوني فحكمت بينهم فرضي على الفريقان ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما أحسن هذا . وقد كان بين عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأبي بن كعب رضي الله عنه منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت[١].

هذا وغيره مما يدل دلالة قاطعة على أن التحكيم كان معمولا به في عهد الصحابة رضوان الله عليهم ، بل إن سلطانه قد امتد ليشمل الأمور العامة في الدولة ، ولعل اقتراح التحكيم بين معاوية وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما وقبوله أصل يعتد به ، ودليل على العمل به في أهم القرارات السياسية للدولة الإسلامية .

وأما الإجماع فقد أجمع العلماء على جواز التحكيم ، واشتهر ذلك دون نكير . والعقل يقضي بجواز التحكيم مادام كل من طرفي النزاع قد رضي به وهو أهل لذلك فكان التحكيم جائزاً .

هل التحكيم ملزم :

إذا حكم المحكم في المسألة التي ينظرها هل يكون المتخاصمان ملزمين بهذا الحكم أو يكون لكل منهما أن يرفضه أو يقبله ؟ يرى بعض الفقهاء أنه ملزم استدلالا بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله)[٢] ووجه الدلالة أن حكم المحكم يلزمهما وإلا لما لحقه الذم والوعيد . كما أن حكم المحكم ينفذ بالقياس على القاضي الذي تولى الحكم عن طريق الدولة ، فكما أن القاضي إذا حكم في قضية ينفذ حكمه من غير توقف على رضا أي من الخصمين أو الخصوم فيجب أن ينفذ حكم المحكم أيضاً[٣] .

وهذا محكي عن الإمام الشافعي[٤] ، وبه قال أبو حنيفة والحنابلة[٥].

والقول الثاني وهو رواية للشافعي ، وعبر عنه النووي بالأظهر أنه لايلزم الحكم

---

(١) انظر : تبيين الحقائق للزيلعي : ١٩٣/٤ ، وشرح فتح القدير لكمال بن الهمام : ٣١٥/٧ ، والبهجة في شرح التحفة : ١٥/١ ، طبعة بيروت .

(٢) التلخيص الحبير ، ج ٤ ، ص ١٨٥ (٣) القضاء في الفقه الإسلامي ، ص ٣٠

(٤) المنهاج والسراج ، ص ٥٨٩ ، والمهذب : ٢٩١/٢ ومغني المحتاج : ٣٧٨/٤

(٥) المغني لابن قدامة : ١٠٨/٩ ، وفتح القدير : ٣١٧/٧ ، وحاشية الشلبي هامش شرح الكنز : ١٩٣/٤ .

بالتحكيم إلا بتراضى الخصمين بعد الحكم بالتحكيم، لأنا لو ألزمنا الخصوم بحكم المحكم لكان ذلك عزلا للقضاة أو افتئاتاً على الحكام ، ولأن رضاهما معتبر فى الحكم ، فكذا فى لزومه[1].

والرأى الذى نميل إليه هو أن قرار التحكيم المستوفى لشروطه ملزم لأفراد أطراف الخصومة ، كما أنه ملزم للمحكمة عند الفحص عليها . وللزيلعى فى هذا الشأن عبارة نصها : « وأمضى القاضى حكمه — يعنى حكم المحكم — إن وافق مذهبه لأنه لافائدة فى نقضه ثم إبرامه[2]على ذلك الوجه ،وجاز له أن يبطله إن خالف مذهبه، لأن حكم المحكم لا يلزم القاضى لعدم التحكيم منه ، وإن شاء أنفذه لصدوره بناء على تحكيم منهما .

وإذا قلنا بلزومه فإنه عندما تتوافر لعقد التحكيم كل الشروط اللازمة لكافة أطرافه وموضوعه ، فينبغى أن تنشأ الولاية المطلوبة للحكم بهدف حل النزاع مما يمكن المحكم من مباشرة كل الإجراءات اللازمة لهذا الشأن من حيث بدء التحقيق وما يرتبط به من وسائل ثبوت أو نفى ثم صدور الحكم الذى يصبح ملزماً للطرفين فور صدوره بموجب الولاية الشرعية عليهما[3].

فإن رجع أحد الخصمين عن قبول التحكيم ورفض حكم المحكم قبل أن يحكم كانت ولاية تحكيمه باطلة بلا خلاف ، فإن حكم فحكمه غير ملزم ، لأن الحكم لا يثبت ، فكان هذا كما لو وكل إنسان إنساناً آخر فى التصرف فى أمر من الأمور الخاصة به ثم رجع عن التوكيل قبل أن يتصرف الوكيل بمقتضى الوكالة ، فإن له ذلك ، ومن ثم فلابد من استمرار الرضا حتى يتم الحكم ، فإذا حكم فلا يتأتى الرجوع على القول بأن حكم المحكم ملزم لطرفى الخصومة .

فإن كان الرجوع من أحد الخصمين بعد الشروع فى الحكم ، فمن العلماء من قال : إن له ذلك ، لأن الحكم لم يتم فأشبه ما إذا رجع عن التحكيم قبل الشروع فى الحكم ، ولأنه مقلد من جهتهما فله عزله قبل أن يحكم . ومن العلماء من قال : ليس له ذلك ، لأن هذا يؤدى إلى أنه إذا رأى أى من المتخاصمين أن المحكم سيحكم لغير صالحه رجع عن التحكيم ، فيبطل المقصود بالتحكيم .

(١) نهاية المحتاج : ٢٤٣/٨ (٢) شرح الكنز : ١٩٣/٤
(٣) انظر : تبيين الحقائق : ١٩٣/٤

وابن فرحون لا يشترط استمرار رضائية أطراف الخصومة بالنسبة للمحكم إلى حين نفاذ الحكم وإنما مناط الأمر عنده أن يقيم كل طرف بينته لديه وعدول أحدهما بعد ذلك لا عبرة به .. ونقل عن أصبغ[١] من المالكية قوله : « إن لكل واحد من المتخاصمين الرجوع ما لم ينشبا فى الخصومة عند المحكم وعندئذ يلزمهما التمادى كما ليس لأحدهما إذا ترافعا للخصومة عند القاضى أن يوكل وكيلا ثم يعزله »[٢].. أما الكمال ابن الهمام من الحنفية فالظاهر من عبارته أن لكل واحد منهما حق العدول مالم يصدر الحكم ، إذ هما الموليان فلهما عزله قبل أن يحكم ، كما أن للسلطان أن يعزل القاضى قبل أن يحكم[٣].

وفى تقديرنا .. أن رأى ابن فرحون جدير بالتعويل عليه حتى لا تضطرب الأمور ، وتستقر أحوال الناس . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن تشبيه الكمال بن الهمام المحكم بالقاضى محل نظر لأسباب عديدة منها اختلاف طبيعة عمل المحكم والقاضى ، وكذا اختلاف نطاق ولا يتهما[٤].

ومن ثم فإن قرار المحكم يكون ملزماً للقاضى طالما لم يشبه عيب من جور أو جهل أو غيرهما حيث لاحكمة من نقضه[٥].

هل يجوز التحكيم فى كل الخصومات :

يرى الحنابلة أن التحكيم يجوز فى كل الخصومات التى تنشأ بين الناس ، كما يجوز ذلك فى القضاء استناداً إلى ما أخرجه النسائى أن شريحاً قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : إن قومى إذا اختلفوا فى شيء أتونى فحكمت بينهم فرضى الفريقان ، قال : ما أحسن هذا ؟

ووجه الدلالة من هذا النص أنه لو لم يصح التحكيم فى كل شيء لما قبله الرسول صلى الله عليه وسلم ولا أقره من شريح ، لكنه قبله منه ، فدل على جواز التحكيم

(١) هو أصبغ بن الفرج بن سعد بن نافع مولى عبد العزيز بن مروان من أهل الفسطاط من كبار علماء المالكية فى مصر ، توجه إلى المدينة قاصداً الإمام مالك ، لكنه مات يوم دخولها . من تصانيفه : الأصول وتفسير غريب الموطأ وكتاب آداب القضاة ، توفى سنة ٢٢٥ هـ ، وفيات الأعيان : ٧٩/١

(٢) التبصرة : ٤٤/١ ، وانظر : القضاء وحجية الحكم الغيابى ، ص ٥٩

(٣) شرح فتح القدير : ٧ / ٣١٧

(٤) انظر : القضاء وحجية الحكم الغيابى ، ص ٦٠ (٥) المرجع نفسه .

مطلقاً[١] ، وهذا قول فريق من الشافعية[٢] وعند أكثر الفقهاء أن التحكيم مقصور على بعض الحقوق فلا يجوز إلا فى الأموال ، أما النكاح والقصاص واللعان والحدود فإنه لا يجوز فيها التحكيم لأنها حقوق بنيت على الاحتياط ، فيتعين على ولى الأمر أو نائبه أن يستوفيها بنفسه وبه قال الحنفية والمالكية[٣] والشافعية وصرح الشافعية بأن التعزير — وهو عقوبة غير مقدرة — إذا كان حقاً لله تعالى لايجوز التحكيم فيه[٤] ، لأن التحكيم تفويض والتفويض يصح فيما يملك المفوض فيه بنفسه ، ولا يصح فيما لا يملك كالتوكيل ، ولأن حكم المحكم بمنزلة الصلح ، فكل ما يجوز استحقاقه بالصلح يجوز فيه وما لا فلا كما قال الخصاف الحنفى ، وحد القذف والقصاص لايجوز استيفاؤهما بالصلح وبعقد ما فلا يجوز التحكيم فيهما كما فى بقية الحدود[٥] . وبعض الأحناف يرى جواز التحكيم فى القذف والقصاص ، وعلل ذلك بأن الحاكم ليس هو المتعين للاستيفاء كما فى الحدود الخالصة لله عز وجل ، لأن القصاص من حقوق الإنسان فيجوز فيه التحكيم قياساً على التحكيم فى الأموال . وهذا الرأى لايعول عليه ، لأن القصاص والقذف حق الله فيهما هو الأغلب ، ولهذا فلا يملكان الإباحة ، فلو قال شخص لشخص مثلا : اقتلنى ، فإنه لا يصح هذا الأمر الصادر منه ، ولا يحل للآخر أن يقتله . بناء على هذا الأمر[٦]. وكذلك يرى المالكية أن التحكيم لا يجوز فى القصاص ، وعللوا لهذا بنفس التعليل الذى عللوا به فى جانب الحدود ، وهو أن الحق فى القصاص لله تعالى ، لأن القصاص إنما شرع للزجر عن الاعتداء على حياة الإنسان[٧].

شروط المحكم :

اشترط الفقهاء فى المحكم ثلاثة شروط :

الشرط الأول : أن يكون المحكم متصفاً بصفات القاضى ، لأنه منزل منزلة

---

(١) انظر : كشاف القناع : ٦/٣٠٨ (٢) نهاية المحتاج للرملى : ٨/٢٤٣

(٣) حاشية الدسوقى : ٤/١٣٦

(٤) نهاية المحتاج : ٨/٢٤٢ ، والقضاء فى الفقه الإسلامى ، ص ٣١

(٥) معين الحكام ، ص ٢٥ ، وانظر السلطة القضائية للدكتور نصر فريد واصل ، ص ١٧٩

(٦) فتح القدير وشرح العناية على الهداية للبابرتى : ٧/٣١٨

(٧) الشرح الكبير : ٤/١٣٦

القاضي ، فلابد أن تكون أهلية القاضي متحققة فيه وقت التحكيم ووقت الحكم جميعاً فإن كان غير أهل لولاية القضاء فلا تصح ولايته فى التحكيم ولا ينفذ حكمه على خلاف بين العلماء ، فى ذلك ، إذ يرى الحنفية جواز تحكيم الصبى المأذون ، ومع أن الحنفية يرون أنه لايجوز تحكيم الكافر إن حكمه المسلمون بينهم ، إلا أنهم جوزوا تحكيمه بين الذميين من المواطنين غير المسلمين ، لأنه عندهم من أهل الشهادة عليهم كما أنهم يرون تقليد الذمى القضاء ليحكم بين أهل الذمة[1] . وإذا كان الجمهور من الفقهاء يشترطون فى القاضى أن يكون ذكراً فإن الحنفية لا يرون ذلك، فعندهم يصح تولية المرأة القضاء مع إثم من يوليها ، وبناء على هذا يصح قضاؤها فيما تصح فيه شهادتها وأما الأمور التى لا تصح فيها شهادتها فلا يجوز لها القضاء فيها وهى الحدود والدماء[2] .

وعند المالكية : إذا كان المحكم من أهل القضاء جاز تحكيمه بلا خلاف عندهم ، وكان حكم المحكم نافذاً إن حكم صواباً ، أى كان حكمه موافقاً لأصول الحكم فى الشريعة ، ولا ينقض حكمه هذا ما دام الطرفان رضيا بهذا التحكيم . ولأن حكم المحكم يرفع الخلاف لحكم الحاكم، ولهذا اشترط فى المحكم أهلية الاجتهاد على الراجح عندهم .

وهناك خلاف عندهم فى صحة تحكيم الصبى المميز والمرأة والفاسق ، على أربعة أقوال : أولها الصحة فى الجميع . والثانى عدم الصحة فى الجميع . والثالث عدم الصحة فى الصبى المميز وصحتها على الباقين ، لأن الصبى غير مكلف ولا إثم عليه إن جار فى حكمه . والرابع صحة تحكيم المرأة دون الصبى والفاسق لجواز شهادة المرأة والقضاء فرع الشهادة ، ولجواز قضاء المرأة عند بعض الفقهاء كالحنفية[3].

وعند الشافعية : يشترط فى المحكم أن تتوافر فيه أهلية القضاء حتى يمكن القول بنفاذ حكمه ، فإن كان غير أهل لولاية القضاء فلا خلاف بينهم فى أنه لا يصح لولاية التحكيم ولا ينفذ حكمه قطعاً . والمراد بالأهلية هى أهلية القضاء المطلقة لا بالنسبة للواقعة المراد التحكيم فيها .

---

(١) القضاء فى الفقه الإسلامى ، ص ٣٠

(٢) فتح القدير وشرح العناية على الهداية للبابرتى ، وحاشية سعدى جلبى : ٣١٥/٧ وما بعدها .

(٣) حاشية الدسوقى : ١٣٦/٤ وما بعدها . وانظر : السلطة القضائية ، ص ١٨٠ وما بعدها .

ولذا اشترط فى المحكم صفة القاضى ، وقد استثنى الشافعية من ذلك التحكيم فى عقد النكاح حيث يجوز فيه التحكيم عندهم لمن لم يكن مجتهداً[١].

الشرط الثانى : أن يكون مجتهداً بناء على القول باشتراط الاجتهاد ، فإن لم يوجد المجتهد ، فيجوز أن يكون مقلداً لأحد الأئمة المجتهدين . وهذا الشرط غير متوافر الآن ، ومن هنا فيكفى أن يكون عالماً فطناً .

الشرط الثالث : ألا يكون المحكم أصلا ولا فرعاً لأحد الخصمين ولا عدوا له لأنه لا تسمع شهادته حيث أنه متهم فلا يكون محكماً .

الشرط الرابع : أن يكون الموضوع المطلوب التحكيم فيه فى غير الحدود والقصاص على الخلاف السابق لأن الإمام هو المتعين لاستيفائهما ، ولأن مناط الحكم رضا المستحق وهو مفقود فى حدود الله ، ولأنها حقوق تثبت على الاحتياط ، فلم يجز التحكيم فيها . أما غير الحدود والقصاص ، فيجوز التحكيم فيها مطلقاً ، ولو مع وجود القاضى المجتهد على خلاف بين الفقهاء فى هذه المسألة والصحيح عدم التفريق فى جواز التحكيم بين الحدود والقصاص وغيرها ، لأن من صح حكمه فى مال صح فى غيره كالمولى من جهة الإمام[٢].

ما يشترط فى الخصمين :

يشترط فى الخصمين أو الخصوم شرطان :

الأول : أن يكون الخصمان رشيدين يتصرفان لأنفسهما .

الثانى : أن يرضى الخصمان بحكم المحكم قبل حكمه لأن رضا الخصمين هو المثبت لولاية المحكم فلابد من تقدمه ، فإن رجع أحدهما قبل تمام الحكم ولو بعد إقامة البينة والشروع فى الحكم امتنع الحكم لعدم استمرار الرضا[٣]. أما بعد الحكم فلا يشترط الرضا ، كما لا يشترط الرضا فى حكم القاضى المولى من جهة الإمام على الخلاف الذى سبق ذكره .

---

(١) مغنى المحتاج : ٣٧٦/٤ ، والمنهج والسراج ، ص ٥٨٩

(٢) مغنى المحتاج : ٣٧٩/٤ (٣) المرجع السابق .

وتظهر أهمية قضاء التحكيم فى البلاد التى يوجد بها مسلمون وهى لا تدين بالإسلام كبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية ، والبلاد التى لا دين لها على الإطلاق ، كالاتحاد السوفياتى ، فإن مثل هذه البلاد يوجد بها كثير من المسلمين . ولا شك فى أنه يحدث بينهم ما يستوجب اللجوء إلى القضاء . والقاضى فى هذه البلاد لا تتوافر فيه شروط القاضى ، فهو غير مسلم ، والإسلام شرط لابد منه فى القاضى الذى يحكم فى قضية بين مسلمين . وفى جواز التحكيم ما يساعد على حل كثير من المشكلات التى تعترض المقيمين فى هذه البلاد ، إذ أنه يسمح لطرفى النزاع أن يقع اختيارهما على شخص مسلم ليكون حكماً بينهما فى النزاع المطروح طالما أن هذا الشخص قد توافرت فيه شروط الحكم مهما كان موضوع النزاع ، وذلك بناء على ما صرح به بعض فقهاء الحنابلة من أن حكم المحكم ينفذ فى كل القضايا ، سواء كانت داخلة فى مجال الأموال أو شئون الأسرة أو غير ذلك من القضايا الأخرى .

ولا يقال إن هذا الحكم الصادر من المحكم قد يحتاج إلى توثيق حكومى ، وهذا يؤدى بالضرورة إلى اللجوء إلى القاضى غير المسلم فى هذه البلاد ، لأنهما لا يلجآن إليه بصفة أنه قاض ، بل بوصفه جهة توثيق حكومية ، وبخاصة إذا كان هذا الأمر لابد منه . وبناء على هذا ، فإنه إذا حكم القاضى غير المسلم بنفس الحكم الذى حكم به المحكم فلا مشكلة ، أما إذا اختلف الحكمان : حكم المحكم وحكم القاضى غير المسلم ، فلا ينفذ حكم القاضى غير المسلم ، غير أنه إذا كان هذا الحكم الذى قضى به القاضى غير المسلم غير مناف لأحكام الشريعة الإسلامية ، لكن يحتاج إلى تنازل أحد طرفى النزاع عن بعض حقه الذى حكم له المحكم قبل ذلك ، فمن الممكن أن يتصالح الطرفان أمام المحكم الذى ارتضياه أولا ، أو أمام محكم آخر ، أو بينهما بدون تحكيم . ولا مانع أيضاً من أن يتصالحا على فض النزاع بينهما على أساس هذا الحكم الذى قضى به القاضى غير المسلم لا بوصفه حكماً ملزماً من القاضى غير المسلم ، وإنما بوصفه صلحاً يحل المشكلة حلا يتفق ونظام البلد الذى يقيمان فيه وبشرط أن يتحقق الرضا التام بين كل من طرفى النزاع [1].

---

(١) القضاء فى الفقه الإسلامى ، ص ٣٥

موقف القانون من ولاية التحكيم :

أما بالنسبة للقانون ، فإن التحكيم يشارك القضاء فى المنازعات ، إذ أنه سلطة لها شبه بالقضاء فيشاركه فى هذه المهمة بقدر ما ، ولا شك أن التحكيم وسيلة معترف بها من الدولة للفصل فى الخصومات ، وتتولى الدولة تنظيمه ، وتبين متى يصح اللجوء إليه ، ومتى يمتنع ، ومتى يكون التحكيم إجبارياً فى المنازعات ؟ .

وفى مقابل هذا التنظيم الدقيق للتحكيم من جانب الدولة أعطت الحكم الذى يصدر من المحكم بشروط معينة ما لأحكام القضاء من قوة تنفيذية ، ويتم تنفيذها عند الاقتضاء بواسطة السلطة العامة ، وتحت إشراف القضاء .

وقد تضمنت المواد من ٨١٨ — ٨٥٠ من قانون المرافعات كل ما يتعلق بالتحكيم[١].

---

(١) القضاء فى الإسلام ، ص ١٣٤ وما بعدها .

المبحث الرابع
الافتـاء

تمهيـد :

كان المسلمون فى بداية عهدهم بالإسلام يعتمدون اعتماداً كبيراً على الفتيا ، فقد كانوا يسألون رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأبا بكر وعمر من بعده ، عن حكم الله فى المسائل المتنازع عليها ، فإذا أخبروا به رضخوا له ونفذوه عن طواعية ورضى واستسلام لله ورسوله ، وما أجمع عليه أهل العلم أو اجتهد فيه أهل الاجتهاد والفتوى .

وكان حكم الله يظهر على لسان المفتى ، كما يظهر على لسان القاضى ، بما يستنبط كل منهما من الأدلة الشرعية بالإخبار عنه أو الإلزام به ، ولهذا كان لابد من التعرض للفتوى بشىء من التفصيل لبيان صلتها بالقضاء ، وصلة القضاء بها ، ولما للفتوى من الأهمية فى هذا العصر الذى تطورت فيه دراسة الفقه ، وأصبحت الفتوى لا تقل فى أهميتها عن القضاء[1].

تعريف الفتيا :

الفتيا والفتوى لغة : هى الجواب عما يشكل من الأمور ، يقال : استفتيت فلاناً فأفتانى بكذا ، ويقال : أفتاه فى المسألة يفتيه إذا أجابه والاسم الفتوى .

وفى المصباح : الفتوى بالواو بفتح الفاء ، وبالياء بضم الفاء : اسم من أفتى العالم إذا بين الحكم ، والجمع الفتاوى بكسر الواو ، وقيل : يجوز الفتح للتخفيف .

ومعناها شرعاً : الإخبار عن حكم الله تعالى بمقتضى الأدلة الشرعية على جهة العموم والشمول[2].

---

(١) راجع : القضاء فى الإسلام ، تاريخه ونظامه ، للدكتور إبراهيم نجيب ، ص ١٠

(٢) راجع : رسالة فى الفتيا لجمال الدين القاسمى الدمشقى ، نقلا عن القضاء فى الإسلام، ص١١

شروط المفتى :

لما كان الإفتاء تبليغ للناس عن حكم الله ، ولما كان التبليغ والإخبار عن الله سبحانه وتعالى يعتمد على العلم بما يبلغه والصدق فيه وجب أن يكون المفتى متصفاً بالعلم والصدق ، فيكون عالماً بما يبلغ صادقاً فيه ، ويكون مع ذلك حسن الطريقة ، مرضى السيرة ، عدلا فى أقواله وأفعاله ، متشابه السر والعلانية . ألا ترى أنه الأمين على أحكام الله ، وتبليغها للناس ، وقد أسنده الله تعالى إلى نفسه ، إذ يقول : « ويستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم فيهن »[١] ، ويقول : « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة »[٢].

المراحل التاريخية للفتوى :

أول من قام بوظيفة الإفتاء فى الإسلام هو رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فكان يفتى بوحى الله المبين ، وكانت فتاويه جوامع الأحكام ، ومشتملة على فصل الخطاب ، وهى فى وجوب اتباعها وتحكيمها والتحاكم إليها فى المرتبة الثانية بعد الكتاب ، وليس لأحد من المسلمين العدول عنها ما وجد إليها سبيلا[٣] ، وقد أمر الله عباده بالرد إلى الكتاب والسنة عند التنازع والاختلاف فى أمر من الأمور ، فقال تعالى : « فإن تنازعتم فى شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، ذلك خير وأحسن تأويلا »[٤].

وهكذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حياته هو المرجع الأعلى للتشريع ، يسأله أصحابه فيجيبهم ، ويستفتونه فيفتيهم ، ويعرضون عليه قضاياهم فيحكم فيها ، معتمداً فى كل هذا على ما ينزل عليه من وحى .

ثم قام من بعده بهذا المنصب الفقهاء من أصحابه الذين عاشروه ، وشاهدوا أفعاله ، وسمعوا أقواله ، وانتفعوا بتوجيهاته ، ومرنوا على طريقة الفهم والاستنباط ، والذين حفظت عنهم الفتوى نحو مائة وثلاثين بين رجل وامرأة ، فيهم المكثرون وهم : عمر ابن الخطاب ، وعلى بن أبى طالب ، وعبد الله بن مسعود ، وعائشة ، وزيد بن ثابت ، وعبد الله ابن عباس ، وعبد الله بن عمر .

---

(١) سورة النساء ، الآية ١٢٧ — (٢) سورة النساء ، الآية ١٧٦

(٣) أعلام الموقعين ، ج ١ ، ص ١٢ — (٤) سورة النساء ، الآية ٥٩

وفيهم المتوسطون : وهم أبو بكر ، وأم سلمة ، وأنس بن مالك ، وأبو سعيد الخدرى ، وأبو هريرة ، وعثمان ، وعبد الله بن عمرو بن العاص ، وعبد الله بن الزبير ، وأبو موسى الأشعرى ، وسعد بن أبي وقاص ، وسلمان الفارسي ، وجابر بن عبد الله ، ومعاذ بن جبل ، ويضاف إليهم : طلحة ، والزبير ، وعبد الرحمن بن عوف ، وعمران ابن حصين ، وعبادة بن الصامت ، ومعاوية ابن أبي سفيان .

وفيهم المقلون : وهم من عدا هؤلاء ، وقد بين ذلك ابن القيم فى كتابه (أعلام الموقعين) .

ثم كانت الفتيا من بعد الصحابة فى علماء التابعين الذين انتشروا فى المدن الإسلامية وكان فى المدينة سعيد بن المسيب ، وفى مكة عطاء بن أبي رباح ، وفى الكوفة إبراهيم النخعي ، والشعبي ، وفى البصرة الحسن البصرى ، وفى اليمن طاووس بن كيسان ، وفى الشام محكول[1].

وكان الناس إذا وقعت لهم واقعة وأرادوا معرفة حكم الله فيها ، استفتوا أى مفت وجدوا ، إذ الفتيا بمذهب الواحد من الناس لم يكن عرف قديماً ، ولم يكن الناس عليه فى القرنين الأول والثانى ، أما بعد هذين القرنين فقد حدث فيهم شيء من التقليد ، غير أنه لم يظهر التقليد واضحاً إلا فى منتصف القرن الرابع الهجرى[2].

الفرق بين الفتوى والقضاء والفقه :

الإفتاء والقضاء ، إخبار بحكم الله الواجب الاتباع ، إلا أن إخبار القضاء ملزم وتقوم الدولة بما لها من سلطان على تنفيذه ، أما الفتوى فهى مجرد إخبار ، وإن التزم بها المستفتى ديانة ، إلا أن الدولة لا سلطان لها على تنفيذ هذه الفتوى على المستفتى ، ولذا سمى الأول حكماً ، أما إخبار المفتى فهو مجرد فتوى ، والفتوى تكون حتى فى العبادات بخلاف الحكم ، وعلى هذا فكل ما يتأتى فيه الحكم يتأتى فيه الفتوى ولا عكس .

ويمتاز القاضى عن المفتى بأن القضاء يرجع إلى التفطن لوجوه الخصوم ، وقد يكون الإنسان أعلم بالحلال والحرام وهو بعيد عن التفطن للخدع الصادرة من الخصوم

---

(١) يراجع : القضاء فى الإسلام للدكتور محمد سلام مدكور ، ص ١٣٦ و ١٣٧

(٢) راجع : السياسة القضائية لخضر حسين ، ص ٤

والمكايدة والتنبه لوجه الصواب من أقوال المتحاكمين ، فهو باب عظيم يحتاج إلى قداسة عظيمة ويقظة وافرة وقريحة باهرة ودربة مساعدة ، وإيمان من الله عاضدة .

فهذا كله محتاج إليه بعد تحصيل الفتاوى ، فقد يكون القاضى أقل فتيا ، لأن القضاء يعتمد الحجاج ، والفتيا تعتمد الأدلة[١] .

ويمتاز القاضى والمفتى عن الفقيه المطلق بأن القضاء والفتوى أخص من العلم بالفقه لأن الفقه يتعلق بكلى من حيث صدقه على جزئيات نحو (البينة على المدعى واليمين على من أنكر) . أما القضاء والفتوى فقائمان على إعمال النظر فى الحوادث الجزئية وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف حتى يتحقق انطباق ذلك الكلى عليها ، فالفقيه مثلا يعلم أن البينة على المدعى ، وقد يخفى عليه متى عرضت عليه نازلة من هو المدعى من الخصمين ، وتمييز المدعى من المدعى عليه من شأن القاضى والمفتى .

وقد أوضح الرسول صلى الله عليه وسلم مفهوم القضاء ، فبين أنه الفصل فى الخصومة ، وأخذ الصحابة والتابعون والفقهاء من هذا أن الحكم فى خصومة ما خاص بها ، ولا يتعدى إلى غيرها من شبيهاتها ومثيلاتها إلا بحكم يصدر فى شأنها ، أما فتواه عليه الصلاة والسلام فليست من هذا القبيل ، بل إنها تشريع عام للأمر الذى كان السؤال عنه وغيره مما تتوافر له ظروفه ودواعيه ، ولذا حذر رسول الله صلى الله عليه وسلم من كثرة السؤال والاستفتاء فيما سكت الشرع عنه خشية أن يحرم على الناس عامة بسبب سؤال أو استفسار ، وفى هذا يقول عليه الصلاة والسلام : (أعظم المسلمين فى المسلمين جرماً من سأل عن شئ لم يحرم على المسلمين فحرم عليهم من أجل مسألته)[٢].

وهذا دليل على أن فتواه عليه الصلاة والسلام لا تخص المستفتى ولا السائل وحدهما ، وإنما تكون شرعاً يطبق على جميع الناس .

ومع وضوح هذا وإدراك الفقهاء لمفهوم كل من الفتوى والقضاء ومجال كل منهما ، إلا أنهم يختلفون فى رد بعض ما جاء عنه صلى الله عليه وسلم إلى أيهما . وذلك بحسب تكييفهم للواقعة وما اكتنفها من ظروف وملابسات .

---

(١) راجع : القضاء فى الكتاب والسنة للدكتور محمد أنيس عبادة ، ص ٣٤

(٢) رواه أبو داود فى كتاب السنن ، ص ٦ ، المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوى ، ج ٤ ، ص ٢٨١

فمن ذلك ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : (دخلت هند بنت عتبة امرأة أبى سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ولا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى ولدى إلا ما أخذت منه بغير علمه، فهل على من ذلك جناح ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خذى من ماله ما يكفيك ويكفى ولدك بالمعروف)[1].

وقد أفاد هذا الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم أباح لهند أن تأخذ من مال زوجها بدون علمه بالمعروف ما يكفيها ويكفى بنيها ، وهذا قدر متفق عليه بين الفقهاء، ولا خلاف فيه بينهم ، إلا أنهم مع هذا اختلفوا فى شيء آخر هو تكييف الواقعة ، واعتبارها من باب الفتوى أو من باب القضاء ، وذلك مراعاة للظروف التى أحاطت بها :

فبعض الفقهاء ومنهم الإمام الشافعى رضى الله عنهم اعتبرها من قبيل الإفتاء ، لأن شروط التقاضى لم تتوافر فيها وهو السماع من الخصمين، إذ لم يستحضر الرسول أبا سفيان وهو الخصم الآخر ويسمع منه كما سمع من هند، وكان حاضراً بمكة ، فلم يكن غائباً عن البلد ، ولا مستتراً لا يقدر عليه حتى يقال إنه كان بعيداً عن مكة ولا يتيسر استحضاره ، وعلى ذلك فإذن الرسول لهند بالأخذ من مال زوجها من قبيل الفتوى لا غير .

وتبعاً لذلك ، فإنه يجوز والحال كما ذكروا أن يكون لكل امرأة أشبهت حال هند ، وتنطبق عليها ظروفها ، أن تأخذ من مال زوجها بدون إذنه وعلمه ما يكفيها ويكفى بنيها بالمعروف .

وليس هذا فحسب ، بل قالوا : يجوز لكل من ظفر بحقه أو بجنسه أن يأخذه بغير علم خصمه ولا مسئولية عليه فى ذلك[2].

وذهب فريق آخر من الفقهاء : إلى أن إذن الرسول لهند بالأخذ من مال زوجها بدون علمه كان قضاء منه عليه الصلاة والسلام ، وعلى ذلك ، فلا يجوز لأحد أن

---

(١) الحديث رواه الجماعة إلا الترمذى ، راجع : نيل الأوطار ، ج ٦ ، ص ٣٦٢

(٢) راجع : شرح النووى على صحيح مسلم ، ج ١٢ ، ص ٨

بأخذ حقه أو جنسه إذا تعذر أخذه من الغريم إلا بقضاء قاض ، وهو مشهور مذهب مالك رضى الله عنه[1].

وقد تتبع الإمام القرافى ما جاء فى أقوال الفقهاء عن تصرفات الرسول صلى الله عليه وسلم فى هذه المجالات وأرجعها إلى ثلاثة : هى تصرفه بالتبليغ والفتوى ، وتصرفه بالقضاء ، وتصرفه بالإمامة ، وفى هذا يقول : اعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الإمام الأعظم ، والقاضى الأحكم ، والمفتى الأعلم ، فهو صلى الله عليه وسلم إمام الأئمة ، وقاضى القضاة ، وعالم العلماء ؛ فجميع المناصب الدينية فوضها الله تعالى إليه فى رسالته ، وهو أعظم من كل من تولى منصباً منها إلى يوم القيامة ، فما من منصب دينى إلا وهو متصف به فى أعلى رتبة ، غير أن غالب تصرفه بالتبليغ ، لأن وصف الرسالة غالب عليه ، ثم تقع تصرفاته صلى الله عليه وسلم منها ما يكون بالتبليغ والفتوى إجماعاً ، ومنها ما يجمع الناس على أنه بالإمامة ، ومنها ما يختلف العلماء فيه لتردده بين رتبتين فصاعداً ، فمنهم من يغلب عليه رتبة ومنهم يغلب عليه أخرى ، ثم تصرفاته صلى الله عليه وسلم بهذه الأوصاف تختلف آثارها فى الشريعة ، فكل ما قاله صلى الله عليه وسلم على سبيل التبليغ كان ذلك حكماً على الثقلين إلى يوم القيامة .

فإن كان مأموراً به أقدم عليه كل أحد بنفسه ، وكذلك المباح ، وإن كان منهياً اجتنبه كل أحد بنفسه ، وكل تصرف منه عليه الصلاة والسلام بوصف الإمامة لا يجوز لأحد أن يقدم عليه إلا بإذن الإمام ، اقتداء به عليه الصلاة والسلام ، ولأن تصرفه فيه بوصف الإمامة دون التبليغ يقتضى ذلك ، وما تصرف فيه صلى الله عليه وسلم بوصف القضاء لا يجوز لأحد أن يقدم عليه إلا بحكم حاكم ، اقتداء به صلى الله عليه وسلم ، ولأن السبب الذى تصرف فيه صلى الله عليه وسلم بوصف القضاء يقتضى ذلك .

وهذه هى الفروق بين القواعد الثلاث[2].

هل يشترط فى المفتى أن يكون مجتهداً ؟

كان لا يقوم بالإفتاء فى العصور المتقدمة إلا من توافرت فيه شروط الاجتهاد ، ثم بعد هذه القرون وجد التقليد الصرف وكثر الجدل والخلاف ، وبدأ البحث فى هل

---

(١) راجع : تهذيب الفروق لمحمد حسين مفتى المالكية ، والفروق ، ج ١ ، ص ٢٠٧

(٢) راجع : الفروق للقرافى ، ج ١ ، ص ٣٠٦

يصح أن تسند وظيفة الإفتاء إلى غير المجتهد ، وهل تتقيد فتواه بمذهب إمامه ، إلى غير ذلك :

وإذا كان المفتى مجتهداً ممن توافرت فيه شروط الاجتهاد فينبغى أن يلاحظ عند إجابته نفسية المستفتى وبيئته ، وأن يتفهم جيداً واقعة الاستفتاء . أما إذا كان غير مجتهد فيرى البصرى وجماعة أنه لا يجوز أن يفتى بمذهب أحد المجتهدين ، لأنه لو جازت الفتوى بطريق الحكاية ، فجاز ذلك للعاصى ، ولكن المختار أن الفتوى تصح إذا كان المفتى مجتهداً فى المذهب ، مطلعاً على مآخذ من يقلده ، بل يقول ابن السبكى : بجواز الإفتاء من المقلد ، وإن لم يكن قادراً على التفريع والترجيح ، لأنه ناقل لما يفتى به عن إمامه ، وإن لم يصرح بنقله عنه ، ويعقب على هذا بقوله : وهذا هو الواقع فى العصور المتأخرة .

آداب الفتوى والمفتى :

وينبغى على المفتى كما يقول الشاطبى : ألا يذهب بالمستفتى مذهب الشدة ، ولا يميل به إلى طرف الانحلال ، وأن يتخير من الآراء ما هو أنسب لمصالح الناس وأقرب إلى تحبيبهم فى أمور دينهم دون اتباع للهوى أو إرضاء لحاكم ، فباب الرخص مفتوح بين يدى المفتى إذا كان فى الأخذ بالعزائم ما يوقع الناس فى الضيق والحرج ؛

وينبغى عليه أن يعمل فيما يعرض له من أمور تخصه ، بما يفتى به الغير ، ولا يترخص لنفسه بما لا يترخص به لغيره ، وإلا لأسقط هذا من مهابته ، وشك الناس فى فتواه أو فى عدالته[1].

ما يجب على المستفتى :

يرى الإمام أحمد والقفال من أصحاب الشافعى : أنه يجب على المستفتى أن يستفتى الأعلم والأورع من الفقهاء الذين تتوافر فيهم شروط الفتوى ، لأن قول المفتى فى حق العامى كالأدلة فى حق المجتهد ، وطريق التحرى بالنسبة للعامى يكون بالشهرة والتسامع ؛

وذهب آخرون إلى أن العامى له استفتاء أى واحد من العلماء دون تحر أو اختبار ، بل من الفقهاء من قال : إنه يجوز استفتاء المفضول مع وجود الأفضل ، والرسول

(١) بتصرف من القضاء فى الإسلام للدكتور محمد سلام مدكور ، ص ١٣٧ و ١٣٨

صلى الله عليه وسلم يقول : (أصحابى كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم)[1].

وليس للعامى المستفتى الرجوع بعد الاستفتاء إلى مفت آخر فى نفس المسألة ، وإنما يلزمه اتباع الفتوى التى صدرت له ممن استفتاه ، أما فى غيرها من المسائل ، فالمختار أن من حقه أن يرجع إلى غيره إن أراد .

وقال ابن الصلاح نقلا عن ابن السبكى : إنه يلزم على المستفتى العمل بقول المفتى إن لم يوجد مفت آخر ، فإن وجد تخير بينهما ، والأصح جواز الرجوع إلى غيره ، وفيه نظر كما قال العطار فى حاشيته ، لأن العامى مذهبه مذهب مفتيه ، ثم إنه غير قادر على التفريق بين الآراء من ناحية الترجيح بينها .

ما يجب على ولى الأمر :

ويجب على ولى الأمر تتبع أقوال المفتين وتصفحها ، ومنع من لم يصلح وتوعده بالعقوبة إن عاد ، وكان من عمل المحتسب أن ينكر على المتصدى للفتوى دون أن يكون أهلا لها ، وأن يظهر أمره كى لا يغتر به الناس ، لأن الأثر المترتب على هذا هو إيقاع الناس فى المهالك ، ومثل من يفتى بغير علم ، كمثل من يرشد الركب إلى الطريق والمسالك دون أن تكون له به دراية أو معرفة ، وكمن يطبب الناس وليست له دراية بالطب .

هذا وقد خصصت الدولة فى العصور المتأخرة وظيفة للإفتاء ، تعين فيها أحد رجال الشريعة الذين اشتغلوا بالقضاء وخصصت له ديواناً تابعاً لوزارة العدل يسمى ديوان الإفتاء ، وأسندت الإفتاء فى الأقاليم إلى نواب المحاكم الشرعية حينما كانت قائمة كما وجدت لجنة الفتوى بالأزهر .

وفتوى المفتى لا يلزم بها القضاء ، إلا أنها هادية ومرشدة ، مثلها مثل فتوى قسم إدارة الفتوى والتشريع التابعة لمجلس الدولة ، غير أن فتاوى هذه الإدارات أو هذا القسم خاصة بالقوانين واللوائح ، وما يعرض عليها من الجهات الحكومية ، أما الإفتاء فى الفقه الإسلامى فعام يشمل الفتاوى التى يطلبها الأفراد والفتاوى التى تطلبها المصالح العامة والهيئات الحكومية .

---

(١) رواه عبد بن حميد فى مسنده من طريق حمزة النصيبى عن نافع عن ابن عمر ، التلخيص الحبير ، ج ٤ ، ص ١٩٠

وفتاوى قسم الرأى والتشريع غير ملزمة قبل أن تأخذ صفة رسمية ، فيصدر بها حكم قضائى ، أو يصدر بها قانون أو قرار[1].

حكم فتوى القاضى فيما يصلح أن ينظر أمامه :

لا فرق بين القاضى وغيره فى جواز الإفتاء بما تجوز به الفتيا ، ووجوبها إذا تعينت ، ولم يزل أمر السلف والخلف على هذا ، فإن منصب الفتيا داخل ضمن منصب القضاء عند الجمهور الذين لا يجوزون قضاء الجاهل ، فالقاضى مفت ، ومثبت ومنفذ لما أفتى به .

وذهب بعض الفقهاء من أصحاب أحمد والشافعى إلى أنه يكره للقاضى أن يفتى فى مسائل الأحكام المتعلقة به دون الطهارة والصلاة والزكاة ونحوها من أمور العبادات ، واحتجوا بأن فتيا القاضى تصير كالحكم منه على الخصم ، ولا يمكن نقضه وقت المحاكمة ، ولأنه قد يتغير اجتهاده وقت الحكم ، أو تظهر له قرائن لم تظهر له عند الإفتاء ، فإن أصر على فتياه وحكم بموجبها حكم بخلاف ما يعتقد صحته ، وإن حكم بخلافها تطرق الخصم إلى التشنيع عليه واتهامه بأنه يحكم بخلاف ما يعتقده ويفتى به .

ولهذا قال شريح القاضى حين استفتى : أنا أقضى ولا أفتى .. حكاه ابن المنذر ، واختار كراهية الفتوى من القاضى فى مسائل الأحكام .

وللشيخ أبى حامد الإسفراينى من أصحاب الشافعى فى مسائل الأحكام جوابان :

أحدهما : أنه ليس له أن يفتى فى مسائل الأحكام ، لأن لكلام الناس عليه مجالا ، ولأحد الخصمين عليه مقالا .

والثانى : له أن يفتى فى مسائل الأحكام كغيرها ، لأنه أهل لها .

وإذا قلنا بجواز فتيا القاضى ، فهل تكون فتياه حكماً ؟

الصحيح أن فتيا القاضى ليست حكماً ولا هى كالحكم ، ولهذا فلو حكم بخلاف ما أفتى به لم يكن نقضاً لحكمه ، ومن ثم فيجوز للقاضى أن يفتى الحاضر والغائب ، ومن يجوز حكمه له ومن لا يجوز .

---

(١) المرجع السابق .

واحتج أصحاب هذا الرأى بحديث هند زوجة أبى سفيان ، فإنه فتوى مجردة ، وليس حكماً على الغائب ، فإن أبا سفيان لم يكن غائباً عن البلد ، وكانت مراسلته ممكنة ، ولم يطلب الرسول عليه الصلاة والسلام من هند البينة ، فدل على أن هذا من قبيــل الفتوى .

متى يكون الحكم واجب الاتباع ؟

الحكم واجب الاتباع هو الذى أنزله الله على رسوله ، وحكم به بين عباده ، وهو حكمه الذى لا حكم له سواه ، فإذا ثبت حكم بنص قطعى الثبوت والدلالة من كتاب أو سنة أو إجماع ، فهو حكم ملزم بنفسه ولا يحتاج إلى أمر خارج عنه .

وأما الحكم المؤول فهو أقوال المجتهدين المختلفة التى لا يجب اتباعها ولا يكفر ولا يفسق من خالفها ، فإن أصحابها لم يقولوا هذا حكم الله ورسوله ، بل قالوا : اجتهدنا برأينا فمن شاء قبله ومن شاء لم يقبله ، ولم يلزموا به الأمة ، قال أبو حنيفة : هـذا رأيى ، فمن جاءنى بخير منه قبلناه . ولو كان هو عين حكم الله لما ساغ لأبى حنيفة وغيره مخالفته فيه ، وكذلك مالك استشاره الرشيد أن يحمل الناس على ما فى الموطأ ، فمنعه من ذلك ، وهذا الشافعى ينهى أصحابه عن تقليده ويوصيهم بترك قوله إذا جاء الحـديث بخلافه ، وهـذا الإمام أحمد ينكر على من كتب فتاواه ودونها ويقول : لا تقلدنى ولا تقلد فلاناً ولا فلاناً وخذ من حيث أخذوا ، ولو علموا رضى الله عنهم أن أقوالهم يجب اتباعها لحرموا على أصحابهم مخالفتهم ، ولما ساغ لأصحابهم أن يفتوا بخلافهم فى شىء ، ولما كان أحدهم يقول القول ثم يفتى بخلافه فيروى أنه فى المسألة القولان والثلاثة وأكثر من ذلك ، فالرأى والاجتهاد أحسن أحواله أن يسوغ اتباعه ، والحكم المنزل لا يحل لمسلم أن يخالفه ولا يخرج عنه[1] .

---

(١) التقنين والإلزام ، ص ٧٨

الفصل الثاني

وسائل الاثبات

تمهيد وتقسيم :

طرق الإثبات هى الأدلة التى يتوصل بها إلى حفظ الحقوق ، ومنزلة الدليل من الحق بمثابة الروح من الجسد ؛ ومن ثم : عنيت مباحث الإثبات فى الأنظمة القانونية المعاصرة ونظرياتها بتعريف ماهية الأدلة التى تحفظ بها الحقوق وتشهد عليها ، وبيان أمثل الطرق لتحقيق هذه الأدلة واستنباطها ، وضبط مراتب قوتها وحدود إلزامها إلى أن تستقيم مقومات الحق : واقعاً بحكم إثبات مصدره ، وقانوناً بحكم إلزامه . وكلا الأمرين يستويان على دعامتى الصدق والعدل :

والصدق والعدل من أهدى السبل إلى استقرار معاملات الناس بما يعينهم على صلاح حياتهم ومعاشهم ، ومن موازين رجحان الحق وانتصاره على البغى والافتيات ، فيقوى ما ينفع الناس ويزهق الفساد والباطل فى الأرض ، وإذا ما تم بالصدق العدل إقامة الحقوق فقد تحقق شرع الله للإنسان[1] : « وتمت كلمة ربك صدقاً وعدلا »[2].

وعلى الحاكم الذى وكل إليه أمور الناس وقضاياهم أن يتحرى العدالة ، ويعتمد فى حكمه على الحجة التى ترجح هذه الحقوق ، فالشريعة الإسلامية لا ترد حقاً ، ولا تهدر دليلا ، ولا تبطل أمارة صحيحة ، وهى حافلة بأنواع متعددة من الأدلة والبينات التى تفيد القطع لحفظ الحقوق وإثباتها[3].

وعلم الإثبات ، وهو فى أقصى مراحل تطوره إلى غايته المثلى فى محاولة إحقاق الحق بالصدق والعدل وتحرى طريقيهما ، يرى أن طرق الإثبات تتسع وتضيق طبقاً

---

(١) أصول الإثبات شرعاً ووضعاً ، للأستاذ المستشار جميل بسيونى ، ص٥ ومابعدها بتصرف .

(٢) سورة الأنعام الآية : ١١٥

(٣) المصدر السابق ، ص ٤

للملابسات والظروف ، بشرط أن يكون القاضى فقيهاً ، لأنه إذا لم يكن فقيه النفس فى الأمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهده ، وفى القرائن الحالية والمقالية كفقهه فى جزئيات وكليات الأحكام ، أضاع حقوقاً كثيرة على أصحابها ، وحكم بما يعلم الناس بطلانه ولا يشكون فيه ، اعتماداً منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله .

يقول ابن القيم : هناك نوعان من الفقه لابد للحاكم منهما : فقه فى أحكام الحوادث الكلية ، وفقه فى نفس الواقع وأحوال الناس ، يميز به بين الصادق والكاذب والمحق والمبطل ، ثم يطابق بين هذا وهذا ، فيعطى الواقع حكمه من الواجب ، ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع ، كما توصل شاهد يوسف بشق القميص من دبر إلى معرفة براءته وصدقه « وشهد شاهد من أهلها ، إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين * وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين »(١)، وكما توصل سليمان صلى الله عليه وسلم بقوله : (ائتونى بالسكين حتى أشق الولد بينكما) إلى معرفة عين الأم .

ولكى يكون القاضى محققاً للعدالة فى الخصومة ، عليه أن يعلم بوقائع الدعوى ، وأن يعلم بحكم الله فيها .

أما علمه بوقائع الدعوى فيكون بمشاهدته حوادثها أو بوصولها إليه بطريق التواتر ، وإلا كان ما وصل إليه يفيد ظناً لا علماً . ولما كان الوقوف عند هذا فيه ضيق بالناس ، وحرج ، ويسبب ضياع كثير من الحقوق ، أجاز الشارع قبول الحجة الظنية بعد أخذ الحيطة ، فاكتفى فى العلم بوقائع الدعوى ، أن يكون عن طريق إقرار المدعى عليه أو سماع شهادة الشهود العدول مع احتمال كذب المقر وكذب الشهود ، ولكن المعتاد ألا يكذب الإنسان على نفسه بحق يلزمه ، كما أن المعتاد أن الشهود العدول لا يكذبون ، وعلى كل فهو ما تقتضيه الضرورة .

وأما علمه بحكم الله فهو يكون من معرفته بالنصوص القطعية فى المسألة أو ما أجمع عليه المسلمون ، وإلا فيكون بالاجتهاد ، وهو مبنى على غلبة الظن أيضاً .

---

(١) سورة يوسف ، الآيتان ٢٦ و ٢٧

ووسائل الإثبات كما يراها ابن القيم هي أى حجة تؤيد الدعوى ، وقد أوصلها فى كتابه الطرق الحكمية إلى ستة وعشرين طريقاً ، واستدل عليها بما ورد فيها من قرآن أو حديث صحيح أو فعل من أفعال الرسول فى السلم أو الحرب ، فى السفر أو الإقامة[1].

لكن كثيراً من الفقهاء ومنهم ابن عابدين[2] قد حصرها فى أمرين : الدعوى والحجة .

أما الدعوى فهى فى الاصطلاح الفقهى قول مقبول عند القاضى يقصد به طلب حق قِبل غيره أو دفع حق عن نفسه، وهى عند القانونيين : إمكان الالتجاء إلى القضاء . وأما الحجة فرأوا أنها سبعة أنواع : الإقرار والبينة واليمين والنكول والقسامة ، وعلم القاضى بما يريد أن يحكم به ، والقرائن الواضحة التى يعتبر الأمر معها فى حيز المقطوع .

وسوف يقتصر كلامنا على هذه الوسائل السبع بحيث يكون لكل منها مبحث مستقل بإذن الله تعالى .

---

(١) الطرق الحكمية ، ص ٢١

(٢) حاشية ابن عابدين : ٣٢٨/٤

المبحث الأول
الاقــرار

الإقرار من أقوى وسائل الإثبات وأشدها ، وهو أقوى من البينة (الشهود) كما قرر العلماء ، لأن القضاء يستند فى البينة إلى ظن ، وإذا كان القضاء يستند إلى الظن فلأن يستند إلى العلم من باب أولى ، لأن الحكم بالإقرار مقطوع به ، والحكم بالبينة مظنون .

وأيضاً فإن الإقرار خبر صادق ، أو صدقه راجح على كذبه ، لأن تهمة الكذب منتفية عن المقر . ولا غرو أن يقـال : الإقرار أو الاعتراف سـيد الأدلة ، ولهـذا قدمته على ما عداه من وسائل الإثبات .

معنى الإقرار :

الإقرار فى الأصل مصدر للفعل (أقر) مأخوذ من قر الشيء إذا ثبت ، فالإقرار إثبات لما كان متردداً بين الإقرار والجحود[1] أو مأخوذ من أقر بالحق اعترف به ؛ وأما معناه فى الشرع فهو : إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه[2] وما فى حكمه ، ولو فى المستقبل ، ليدخل ما لو أقر بمجلس القضاء أن الدار التى فى يد فلان هى لشخص آخر ، فإذا ملكها فى المستقبل عومل بإقراره . ويسمى الإقرار اعترافاً أيضاً فى اللغة والشرع ، وعلى هذا ، فإن الإقرار يكون له ثلاثة معان :

أحدها لغوى فقط وهو الإثبات .

وثانيها شرعى فقط وهو إخبار الشخص بحق عليه .

وثالثها شرعى ولغوى وهو الاعتراف[3].

---

(١) حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ، ص ٢٠١ ، مطابع الشعب ، وواجع : القضاء فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد رأفت عثمان ، ص ١٤٢

(٢) حاشية فتح القدير : ٢٨١/٦ .

(٣) حاشية قرة عيون الأخبار (تكملة حاشية ابن عابدين) لمحمد علاء الدين نجل ابن عابدين : ٩٥/٨

أدلة مشروعية الإقرار :

الإقرار مشروع بأدلة من الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والمعقول .

فمن القرآن الكريم قول الله تبارك وتعالى : « وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً »[1] ، فقد أمر الله عز وجل من عليه الحق بالإملال ، وإملال من عليه الحق إقرار بالحق الذى عليه ، فيلزمه وإلا لما أمر الله به ، وأيضاً نهى عن الكتمان ، وهو آية على لزوم ما أقربه ، وقوله تبارك وتعالى : « كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم »[2]. وشهادة المرء على نفسه إقرار . ومعنى « قوامين بالقسط » أى مواظبين على العدل مجدين فى إقامته ، ومعنى : « شهداء لله ولو على أنفسكم » أى تقيمون شهادتكم لوجه الله تبارك وتعالى ولو على أنفسكم بأن تقروا عليها .

ومن السنة أخبار ، كخبر الصحيحين أن رجلا من الأعراب أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : يا رسول الله ، أنشدك الله — بفتح الهمزة وضم الشين — أى أسألك رافعاً نشيدى ، أى صوتى ، ألا قضيت لى بكتاب الله ، فقال الخصم الآخر وهو أفقه منه : نعم فاقض بيننا بكتاب الله ، وائذن لى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قل » ، قال : إن ابنى كان عسيفاً — أى أجيراً — عند هذا فزنى بامرأته ، وإنى أخبرت أن على ابنى الرجم ، فافتديت منه بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم فأخبرونى أن على ابنى الجلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والذى نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله ، الوليدة والغنم رد ، أى مردودة إليك ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد يا أنيس أى انطلق إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها ، فغدا عليها ، فاعترفت ، فأمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت[3].

وقد أجمع العلماء على أن الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات ، ولم ينكر ذلك واحد منهم .

وأما المعقول : فلأن العقل السليم يقضى بأن الإقرار حجة من حيث أنه كان متردداً بين الصدق والكذب فى الأصل ، لكن ظهر رجحان الصدق على الكذب

---

(١) سورة البقرة ، الآية ٢٨٢ (٢) سورة النساء ، الآية ١٣٥

(٣) صحيح مسلم بشرح النووى : ٢٠٥/١١

لوجود الداعى إلى الصدق والصارف عن الكذب ، فإن عقله ودينه يحملانه على الصدق ويزجزانه عن الكذب ، ونفسه الأمارة بالسوء ربما تحمله على الكذب فى حق غيره ، أما فى حق نفسه فلا ، فصار عقله ودينه وطبعه دواع إلى الصدق ، زواجر عن الكذب فكان الصدق ظاهراً فيما أقر به على نفسه ، فوجب قبوله والعمل به ، ومما يزيده قوة من حيث كونه حجة ملزمة أنه بات اختياراً .

ومن محاسن الإقرار ومزاياه : إيصال الحق إلى صاحبه ، فكان فيه نفع صاحب الحق وإرضاء خالق الخلق ، وحمد الناس المقر بصدق القول ، ووصفهم إياه بوفاء العهد .

والإقرار وإن كان من أقوى أدلة الإثبات إلا أنه حجة مقصورة على المقر ، فلا يتعداه إلى غيره ، فقد أخرج الضمرانى مسنداً إلى ابن عباس قال : بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطبنا الجمعة إذ أتى رجل فتخطى الرقاب حتى قرب إليه ، فقال : يا رسول الله ، أقم على الحد ، فقال : اجلس ، فجلس ، ثم قام الثانية فقال : يا رسول الله ، أقم على الحد ، فقال : اجلس ، فجلس ، ثم قام الثالثة فقال : يا رسول الله ، أقم على الحد ، قال : وما حدك ؟ قال : أتيت امرأة حراماً ، فقال صلى الله عليه وسلم لعلى وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضى الله عنهم : انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن قد تزوج ، فقيل : يا رسول الله ، ألا تجلد التى خبث بها ؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : من صاحبتك ؟ قال : فلانة ، فدعاها ، ثم سألها ، فقالت : يا رسول الله ، كذب على ، والله إنى لا أعرفه ، فقال صلى الله عليه وسلم ، من شاهدك ؟ فقال : يا رسول الله ، ما لى شاهد ، فأمر به فجلد حد الفرية : ثمانين جلدة(١).

أركان الاقرار

الإقرار له أركان أربعة وهى : مقر ، ومقر له ، ومقر به ، وصيغة .

ولكل ركن من هذه الأركان شروط لابد منها لصحة الإقرار نبينها فيما يلى :

---

(١) راجع : فتح القدير : ٤٦٥/٥ و ٤٦٦ ، وزاد المعاد لابن القيم : ٢٠٩/٣

أولا : شروط المقر :

لكى يكون إقرار المقر معتبراً ويثبت به الحق ، فإن العلماء يشترطون فيه ثلاثة شروط :

الشرط الأول : أن يكون المقر بالغاً ، فإن كان صبياً فلا يصح إقراره ، لأن أقوال الصبى وأفعاله لا يعتد بها شرعاً إلا فى العبادة ، كالصلاة والحج ، فإنها تقع من الصبى المميز صحيحة ، أما ما يتعلق بالأمور المالية فلا يصح إقراره فيها حتى ولو أذن له وليه فى الإقرار ، وهذا ما عليه جمهور الفقهاء .

ويرى الأحناف صحة إقرار الصبى المأذون له فى التجارة بالمال ، لأن الإذن يدل على عقله ، فلو لم يكن عاقلا لما أذن له وليه . وعللوا ذلك بأنه لو لم يصح إقراره لا يعامله أحد .

ويدخل فى الإذن كل ما كان طريقه التجارة ، كالدين ، والوديعة ، والعارية ، والمضاربة ، والغصب ، فيصح إقراره بها ، فيكون الصبى المأذون له فى التجارة ملحقاً بالبالغ فى هذه الأمور . أما ما ليس من باب التجارة ، كالمهر ، والجناية ، والكفالة ، فلا يصح إقراره بها ، لأن التجارة مبادلة المال بالمال ، والمهر مبادلة مال بغير مال ، والجناية ليست بمبادلة شىء ، والكفالة تبرع ابتداء فلا تدخل تحت الإذن[1].

الشرط الثانى : العقل ، فلا يصح إقرار المجنون والمغمى عليه إذا ذهب عقله بعذر ، كشرب دواء لا يعلم أنه مسكر أو أكره على شرب الخمر ، وهذا لا خلاف فيه ، وإنما الخلاف فيمن ذهب عقله بغير عذر بأن يكون قد شرب الخمر مختاراً ، فإذا شرب الخمر مختاراً كان متعدياً بسكره . وهذا للفقهاء فيه رأيان :

الأول : أنه يصح إقراره مع أنه غير مكلف ، وكان مقتضى ذلك عدم الصحة ، ومع هذا فإنهم اعتبروا إقراره صحيحاً من باب التغليظ عليه ، لأنه ارتكب معصية بإزالة عقله . فجعل كأنه لم يزل[2] ، وهذا ما عليه الجمهور .

---

(١) تكملة حاشية ابن عابدين : ١٠٣/٨ ، وانظر : القضاء فى الفقه الإسلامى ، ص ١٤٥

(٢) مغنى المحتاج : ٢٧٩/٣ ، حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ، ص ٢٠٤

والثانى : أنه لا يصح إقرار السكران مطلقاً ، أى سواء كان سكره بعذر أو كان بغير عذر بأن يكون قد شرب الخمر طائعاً مختاراً فسكر ، وهو مذهب طائفة من العلماء منهم الإمام أحمد والطحاوى والكوفى وأبو يوسف وزفر من الحنفية ، والمزنى وابن سريج والجوينى من الشافعية ، وفى ذلك يقول ابن القيم : إن الصحيح أنه لا عبرة بأقوال السكران ، من طلاق ، ولا عتاق ، ولا بيع ، ولا هبة ، ولا وقف ، ولا إسلام ولا ردة ولا إقرار .

واستدل هؤلاء على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون »[١]، وقالوا : إن النبى صلى الله عليه وسلم أمر باستنكاه أى شم ريح فم ما عز لما أقر بالزنا بين يديه . وأفتى عثمان وابن عباس بأن السكران لا يقع طلاقه ، ولم يخالفهما أحد من الصحابة .

ولأن السكران لا قصد له ، فهو أولى بعدم المؤاخذة ممن جرى اللفظ على لسانه من غير قصد له[٢].

والحاصل : أن السكران الذى لا يعقل لا حكم لأقواله لعدم المناط الذى تدور عليه الأحكام وهو العقل ، وقد عين الشارع عقوبته ، فليس لنا أن نجاوزها برأينا ونقول : إنه يؤاخذ بأقواله ، فإن طلق مثلا يقع طلاقه عقوبة له فيجمع له بين غرمين[٣].

الشرط الثالث : من شروط الإقرار ، الاختيار ؛ فلا يصح إقرار المكره بما أكره عليه ، لقوله تعالى : « إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » ، فقد جعل الله عز وجل الإكراه مسقطاً لحكم الكفر ، فيكون ما عداه أولى .

وصورة إقرار المكره أن يسأله القاضى أو الحاكم عن المدعى به فيجيبه بالنفى ، فيضرب ليقر ، فإذا أقر فى هذه الحالة فإقراره غير صحيح . وهذا إذا كان المتهم غير معروف بالفجور ، فإن كان سارقاً أو قاطع طريق أو زانياً أو قاتلا ، فهذا يجوز حبسه وضربه ، لأنه إذا جاز حبس مجهول الحال ، فهذا أولى .

---

(١) سورة النساء ، الآية ٤٣

(٢) أعلام الموقعين : ٤/٤٧

(٣) نيل الأوطار : ٦/٢٦٧

قال ابن القيم : وما علمت أحداً من أئمة المسلمين يقول : إن المدعى عليه فى جميع الدعاوى يحلف ويرسل بلا حبس ولا غيره ، فليس هذا على إطلاقه مذهباً لأحد من الأئمة الأربعة ، ولا غيرهم من الأئمة ، ومن زعم أن هذا على إطلاقه وعمومه هو الشرع فقد غلط غلطاً فاحشاً مخالفاً لنصوص رسول الله صلى الله عليه وسلم ولإجماع الأئمة ، وبمثل هذا الغلط الفاحش تجرأ الولاة على مخالفة الشرع ، توهموا أن الشرع لا يقوم بسياسة العالم ومصلحة الأمة .

وهذا النوع من المتهمين يسوغ ضربه ، ويشهد لهذا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر الزبير بتعذيب المتهم الذى غيب ماله حتى أقربه ، فى قصة ابن أبى الحقيق رأس يهود خيبر[1]، فقد روى البخارى عن ابن عمر قال : أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر ، فقاتلهم حتى ألجأهم إلى قصرهم ، وغلبهم على الأرض والزرع والنخل ، فصالحوه على أن يجلوا منها ، ولهم ما حملت ركابهم ، ولرسول الله صلى الله عليه وسلم الصفراء ، والبيضاء ، والحلقة (بفتح الحاء وسكون اللام) وهى السلاح ، ويخرجون منها ، واشترط عليهم ألا يكتموا ولا يغيبوا شيئاً ، فإن فعلوا فلا ذمة لهم ولا عهداً ، فغيبوا مسكاً (بفتح الميم وسكون السين) أى جلداً فيه مال وحلى لحيى بن أخطب كان احتمله معه إلى خيبر حين أجليت النضير ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعم حيى واسمه سعية (بفتح السين وسكون العين) : ما فعل مسك حيى الذى جاء به من النضير ؟ فقال : أذهبته النفقات والحروب ، فقال : (العهد قريب والمال أكثر من ذلك) :

وقد كان حيى قد قتل قبل ذلك ، فدفع رسول الله صلى الله عليه وسلم سعية إلى الزبير ، فمسه بعذاب ، فقال : قد رأيت حيياً يطوف فى خربة ههنا ، فذهبوا فطافوا فوجدوا المسك فى الخربة ، فقتل النبى صلى الله عليه وسلم ابنى أبى الحقيق ، وأحدهما زوج صفية بنت حيى بن أخطب ، وسبى رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءهم وذراريهم ، وقسم أموالهم بالنكث الذى نكثوا[2].

---

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ، ص ١٠٨ ومابعدها .
(٢) نيل الأوطار : ٢٠٦/٨

وهذا يوضح أن حبس المتهم أو ضربه جائز إذا كان مجهول الحال أو معروفاً بالفجور والفساد ، فى قضايا الأموال ، أما لو أكرهه القاضى أو غيره على الإقرار بجريمة تستحق حداً ، أو قصاصاً ، فلا يجوز إقراره(١).

الشرط الرابع : أن يكون المقر رشيداً إن كان الإقرار بحق لآدمى ، كالإقرار بالمال ، أو بالزواج ، والمراد بالرشد كون الشخص مطلق التصرف ، فلا يصح إقرار السفيه بدين ، أو إتلاف مال أو نحو ذلك . وقال بعض العلماء : يلزم السفيه الإقرار بدين أو إتلاف مال أو نحو ذلك باطناً ، أى فيما بينه وبين الله ، فيعرفه للمقر له بعد فك الحجر عنه .

أما إذا أقر السفيه بغير المال ، كالطلاق والظهار ونحوهما ، فإن إقراره يكون صحيحاً ، وأيضاً يصح إقراره فى الجنايات ، والحدود .

الشرط الخامس : ألا يكون المقر متهماً فى إقراره ، وهذا الشرط عند الحنفية والمالكية ، فلو أقر المريض مرض الموت لمن يتهم بمودته ، كابنه البار به ، أو زوجته التى يميل إليها ، فلا يصح إقراره عند المالكية ، سواء كان المتهم بمودته وارثاً أو غير وارث ، إلا إذا أجاز الورثة هذا الإقرار ، أما إذا أقر لغير متهم فيصح عندهم حتى لو كان بأزيد من الثلث(٢). وهذا رأى الحنفية .

ودليلهم على ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لا وصية لوارث ولا إقرار بدين) ، ولأن هذا الإقرار قد تعلق به حق جميع الورثة ، وبيان ذلك أنه إذا أقر المورث لبعض ورثته فإنه يكون أبطل حق الباقين ، وفضلا عن ذلك فإن فيه إيقاع العداوة بينهم ، لأن فيه إيثاراً لبعض الورثة على البعض الآخر ، وذلك ينشئ العداوة والبغضاء ، وقضية يوسف وإخوته أكبر شاهد على هذا .

ويرى الشافعية والحنابلة أن إقراره صحيح فى مرضه لوارثه كإقراره للأجنبى ، لأن الظاهر أنه محق فى إقراره ، لأنه انتهى إلى حالة يصدق فيها الكاذب ، ويتوب فيها الفاجر .

---

(١) معين الحكام للطرابلسى ، ص ١٧٩ ، مطبعة الحلبى .

(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك : ٢/١٩٠ ، وقوانين الأحكام لابن جزى ، ص ٣٢٤ ، والاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود : ٢/١٩٠

وهذا الخلاف الذى أوردناه بين العلماء إنما هو فى صحة الإقرار أو عدم صحته، وأما التحريم والإثم فلا خلاف فيه : مادام المقر قصد بإقراره أن يحرم بعض الورثة ، ولهذا فلا يحل للمقر له أن يأخذ المقر به[1].

هذا ولا يشترط عند العلماء فى المقر العدالة، لأن طبع الإنسان يزعجه عن أن يقر على نفسه بما يقتضى قتلا ، أو قطعاً ، أو تغريم مال، ومن ثم فإن الإقرار يقبل من البر والفاجر ، اكتفاء بالوازع الطبيعى .

ثانياً : شروط المقر له :

يشترط فى المقر له شروط ثلاثة :

١ ـ أن يكون المقر له أهلا للتملك ، فلو أقر شخص لدابة فلا يصح الإقرار ، لأنها ليست أهلا لذلك . وأما لو قال : علىّ بسبب هذه الدابة لفلان كذا، فإن الإقرار يصح ، حملا على أنه استأجرها ، أو استعملها تعدياً ، أو جنى عليها . ويصح الإقرار لحمل امرأة ، لأنه أهل للاستحقاق[2].

٢ ـ عدم تكذيبه للمقر ، كأن يقول للمقر : ليس عليك شيء ، فلو كذبه فى إقراره له بمال ، فإن هذا المال يترك فى يد المقر ، لأن يده تشعر بالملك بحسب الظاهر .

٣ ـ أن يكون المقر له معلوماً غير مجهول ، وعلى هذا لو قال شخص : علىّ مال لرجل من أهل هذا البلد ، لم يصح الإقرار ، أما لو قال : علىّ مال لأحد هؤلاء الثلاثة ، صح إقراره .

ثالثاً : شروط المقر به :

أما المقر به فله شروط من أهمها :

١ ـ انتفاء ملكه حال الإقرار ، فلو قال شخص : دارى لفلان ، فلا يكون هذا إقراراً ، لأن حقيقة الإقرار إخبار بحق سابق عليه ، وعلى هذا فيكون كلامه محمولا على الوعد بالهبة ، لكن صرح الإمام البغوى ، أنه إن قصد به الإقرار قبل منه :

---

(١) الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع : ٣/٥٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٣٨٧ ومختصر المقنع لشرف الدين أبى النجا ، ص ١١٥

(٢) راجع : القضاء فى الفقه الإسلامى ، ص ١٥٤

٢ — أن يكون المقر به مالا متمولا ، أى له قيمة مالية ، فلو أقر أنه غصب حفنة من تراب أو حبة من قمح أو أى شئ من هذا القبيل ، فلا يصح إقراره ، لأن المقر به لا يلزمه تسليمه إلى المقر له ، لأن منفعته ضئيلة فلا يؤبه به .

٣ — أن يكون المقر به بيد المقر ولو فى المآل ، فلو أقر بشئ فى يد غيره ، فإذا ملكه بعد ذلك فإن القاضى يحكم بصحة هذا الإقرار مؤاخذة له بالإقرار السابق .

وينبغى أن يعلم أنه لا يشترط فى المقر به أن يكون معلوماً ، بل يجوز الإقرار بالمعلوم والمجهول ، فإن جهالة المقر به لا تمنع من صحة الإقرار ، وذلك لأن الشخص قد يلتزم بحق مجهول ، كما لو أتلف مالا لشخص لا يدرى قيمته ، أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها ، أى تعويضها ، أو يكون قد بقى عليه من حساب عليه مقدار لا يعرفه ، وعلى القاضى أن يطلب منه ذلك المجهول ليتمكن من استيفائه ، فإن لم يبينه أجبره القاضى على البيان .

رابعاً : شروط الصيغة :

يشترط فى صيغة الإقرار أن تكون باللفظ الذى يشعر بالتزام بحق من القادر على النطق ، سواء كان اللفظ صريحاً أو كناية . وهذا هو الأصل ، ويكون فى معنى اللفظ الإشارة بالنسبة للأخرس ومعتقل اللسان الذى صارت له إشارة معلومة .

ويرى الأحناف أن الإقرار بالإشارة من القادر على النطق معتبرة فى غير الزنا ونحوه مما يدرأ بالشبهة ، إذ الإشارة تحتمل ما يفهم منها وغيره ، فيكون ذلك شبهة تدرأ الحد ، وخالف فى ذلك الشافعى وبعض أصحاب مالك .

وإذا كان الأصل عدم اعتبار إشارة الناطق ، فإنه يستثنى من ذلك الإقرار بالنسب بالإشارة ، فإنه يقبل من القادر على النطق لمراعاة مصلحة الولد ، فإن النسب يحتاط فيه ما لا يحتاط فى غيره .

ويصح الإقرار بالكتابة على خلاف بين الفقهاء ، ومذهب مالك والمشهور عند الشافعى رضى الله عنه عدم الاعتماد على الخط المجرد ، لأن الخطوط تتشابه ويمكن محاكاتها ، أى أنه يمكن التزوير فى الخطوط ، والكتابة عند الشافعى كناية مطلقاً ، أى سواء صدرت من ناطق أو أخرس ، وسواء كان للأخرس إشارة مفهمة أولا ،

وسواء انضم إليها قرائن تصيرها صريحاً[1] أولا ، فهى فى جميع الأحوال تكون من قبيل الكناية .

وذهب أبو يوسف ومحمد إلى القول : بجواز الاعتماد على الخط ، فإذا وجد القاضى فى ديوانه شهادة شهود شهدوا عنده لرجل على رجل بحق أو وجد إقرار رجل لرجل بحق ، والقاضى لا يذكر ذلك ولا يحفظه ، فإنه ينفذ ذلك ويقضى به ، إذا كان معتمداً بخاتم القاضى ، لأن القاضى لا يحفظ كل ما فى ديوانه . وهذا هو المعتمد وعليه العمل ، لأن الذى يمنع الاحتجاج بالكتابة وحدها إنما يمنع خشية التزوير أو المحاكاة فيها ، وهذا وحده لا يكفى للمنع من الاحتجاج بالكتابة ، وعلى هذا فإن الإقرار الكتابى المقدم فى دعوى إذا لم يطعن فيه المنسوب إليه بعد تقديمه وإخطاره به ، يكون تسليماً منه به فيكون حجة ، وبخاصة فى هذا العصر الذى تقدم فيه علم أهل الخبرة فى معرفة الخطوط وتمييز بعضها عن بعض ،يقول ابن القيم : وقد جعل الله سبحانه وتعالى فى خط كل كاتب ما يتميز به عن خط غيره ، كتميز صورته وصوته[2].

ولا خلاف بين العلماء فى العمل بالخط فى مسألة الأمان ، ويلحق به البراءات ودفتر البياعات والصراف والسمسار ، والعبرة كما يقول الإمام أحمد : أن يكون خطه معروفاً مشهوراً ، فإن القصد حصول العلم بنسبة الكتابة إليه . والفتوى على أنه متى تيقن أنه خطه جاز اعتماده فى القضاء ، والرواية ، والشهادة على الصك ، وإن لم يكن الصك فى يد الشاهد ، لأن الغلط نادر ، وأثرالتغيير يمكن الاطلاع عليه وقلما يشتبه الخط من كل وجه فإذا تيقن جاز الاعتماد عليه توسعة على الناس[3].

ويرى الشيخ محمد عبده ، اعتبار الأوراق الرسمية الخالية عن شبهة التزوير بلا استثناء ، وفى هذا يقول ما نصه : فإننا نعول عليها فى أهم أركان ديننا كما هو معلوم ، بل إن حضرة القاضى نفسه لم يعتمد فى وظيفته التى عهد بها إليه إلا على ورقة رسمية ، ولم يشهد له شاهد بتوليته ، فما الذى سوغ له أن يجلس للقضاء قبل أن يسمع لفظ : وليتك أو يشهد له شاهدان بذلك ؟ .

---

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج : ٤٢٧/٣ وما بعدها .

(٢) الطرق الحكمية ، ص ١٩٢ (٣) القضاء فى الإسلام ، نظامه وتاريخه ، ص ٢١٣

وجماهير أهل العلم يقولون بأنه لو لم يعتمد على الكتابة والخط لضاعت كثير من الأحاديث والأحكام الفقهية التى تناقلها المحدثون والفقهاء كتابة ، وقد ثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يبعث كتبه إلى الملوك وغيرهم ، وأنه عليه الصلاة والسلام قال : (ما حق امرىء مسلم له شىء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده) ، ولو لم يجز الاعتماد على الخط لم يكن لكتابة وصيته فائدة . ولم يزل الخلفاء والقضاة والأمراء يعتمدون على كتب بعضهم إلى بعض ، ولا يشهدون حاملها على ما فيها . وقالوا : كتاب القاضى إلى القاضى جائز إذا عرف الكتاب والخاتم وأمن التلاعب .

والقانون المدنى اعتبر الكتابة حجة فى إثبات الالتزام ، وتضمنت المواد من ٣٩٠ إلى ٣٩٩ ذلك ، وبينت أن الإثبات بالكتابة ، إما أن يكون بطريق الأوراق الرسمية التى هى حجة بما دون فيها (مادة ٣٩١) ، وأن الورقة العرفية تعتبر صادرة ممن وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء (مادة ٣٩٤) ، والورقة غير الرسمية تشمل الورقة العرفية الثابتة التاريخ ، والأوراق الخاصة أيضاً ، ويلحق بها دفاتر التجار .

وتضمنت المواد (٣٩٦ — ٣٩٨) ذلك وألحقت بالورقة العرفية الرسائل الموقع عليها والبرقيات إذا كان أصلها المودع بمكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها ، والورقة غير الرسمية إذا لم ينكرها صراحة من نسبت إليه أصبحت فى قوة الرسمية ، فلا يملك بعد ذلك إنكارها وإنما فقط يتجه إليها الطعن بالتزوير ، أما إذا أنكرت صراحة أن الورقة كلها أو بعضها صادرة منه ، فعلى المحتج بها عبء إثبات صدورها منه ، وذلك بأن يطلب إحالتها على التحقيق .

والأصل أنه متى أقر المدعى عليه بالحق ، حكم القاضى للمدعى دون حاجة إلى سماع بينة منه إلا فى بعض مسائل ، فلابد من سماع البينة مع الإقرار بناء على طلب المدعى ، لأن البينة تتعدى لغير المقر . والمقصود بالدعوى هو أن يتعدى الحكم إلى الغير منعاً للضرر . ومن ذلك ما إذا ادعى بعض الورثة ديناً على الميت فأقر أحد الورثة ، فإن للمدعى أن يقيم البينة على حقه مع الإقرار ليكون حقه فى كل التركة ، ومنه أيضاً: ما إذا ادعى شخص أن فلاناً المتوفى أقامه وصياً على أولاده قبل موته وأن فلاناً المدعى

عليه مدين له بمبلغ كذا ، فصدقه المدعى عليه فى الوصاية ، فإن القاضى لا يثبتها بإقراره حتى يقيم البينة عليها ، لأن ذمة المدين لا تبرأ بمجرد الإقرار عند إنكار الوصاية .

الأمور التى تبطل الإقرار :

يبطل الإقرار بأمور من أهمها :

١ - تكذيب المقر له إذا كان هذا الإقرار بحق من حقوق العباد ، لأن إقرار المقر دليل على وجوب المقر به ولزومه عليه للمقر له ، وتكذيب المقر له دليل على عدم اللزوم ، فلا يثبت مع الشك .

٢ - رجوع المقر عن إقراره فيما يحتمل الرجوع ، وذلك إذا كان الرجوع فى حق من حقوق الله تعالى الخالصة كحد الزنا ، لأنه يحتمل أن يكون صادقاً فى الإنكار ، فيكون كاذباً فى الإقرار ضرورة ، فيورث شبهة وجود الحد ، ولا يقبل من المقر ادعاؤه كذب إقراره ، لكن للمقر أن يرجع فى إقراره للإكراه لا للغلط ، فيكون إقرار المكره باطل .

٣ - يبطل الإقرار إذا تضمن مساساً بحق الغير .

وهناك حالات تسمع فيها البينة بعد الإقرار ، كما إذا أقر أحد الورثة بالدين على الميت ، فأراد الدائن إقامة البينة ليتعدى الحكم إلى بقية الورثة ، فإن له ذلك[1].

وخلاصة القول : أن الإقرار من أدلة الإثبات التى يقرها الكتاب والسنة والإجماع ويقرها مقتضى العقل ، ومن ثم فإن ضبط أحكامه وتنظيمها فى علم الإثبات ليس فيه ما يخالف ما نطق به الشرع ، وهو مما تقوم عليه الأحكام وينبنى العدل والقسط فى اقتضاء الحقوق ، وهو من السياسة الشرعية .

---

(١) أصول الإثبات شرعاً ووضعاً للمستشار جميل بسيونى ، ص ٥٦

المبحث الثانى
البينـــة

وهى عند جمهور الفقهاء تأتى مرادفة للشهادة وقد وردت نصوص كثيرة تؤيد ذلك ، ومنها ما أخرجه البخارى وأبو داود والترمذى عن ابن عباس رضى الله عنهما : (أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : (البينة أوحد فى ظهرك) .

وقد نص القرآن الكريم على أن البينة التى تثبت بها جريمة الزنا قبل هذه الحادثة هى أربعة شهود ، وفى ذلك يقول الله تبارك وتعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة »[1]، فدل ذلك على أن البينة هى شهادة الشهود . ومن ذلك أيضاً : أن النبى صلى الله عليه وسلم اختصم إليه الأشعث بن قيس مع آخر فى بئر ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : (بينتك أو يمينه) وفى رواية أخرى فى نفس الواقعة أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال له : (شاهداك أو يمينه)[2]، وهذا يصلح تفسيراً للفظ البينة الوارد فى الرواية الأولى .

وقد لاحظ جمهور الفقهاء أن القرآن الكريم اعتبر الشهادة أساساً للإثبات فى مواضع مختلفة منها البيع والطلاق والرجعة والوصية والدين وغيرها .

ففى البيع يقول الله عز وجل : « وأشهدوا إذا تبايعتم »[3]، وفى الطلاق والرجعة يقول عز وجل : « فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ، وأشهدوا ذوى عدل منكم وأقيموا الشهادة لله » ، وفى الوصية فى السفر يقول سبحانه وتعالى : « يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم » . وفى الدين يقول عز وجل : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء »[4].

أما عند ابن تيمية وابن القيم فهى اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ، وهى بهذا المفهوم لا تختص بالشهود ، بل إنها تتناول أموراً كثيرة من وسائل الإثبات ، منها

---

(١) سورة النور ، الآية ٤ (٢) التلخيص الحبير ، ج ٤ ، ص ١٩٨

(٣ - ٤) سورة البقرة ، الآية ٢٨٢

الشاهدان ، والشاهد واليمين والإقرار والقرائن وما إلى ذلك من كل ما يبين الحق . ومن خصها بالشاهدين فهو لم يوف مسماها حقه ، ولم تأت البينة قط فى القرآن الكريم مراداً بها الشاهدان ، وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة ، وكذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم : (البينة على المدعى)[1] المراد به أن عليه أن يثبت صحة دعواه ليحكم له، والشاهدان من البينة ولا ريب أن غيرهما من أنواع البينة قد يكون أقوى منهما ، كدلالة الحال على صدق المدعى فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهدين .

وجاء فى أحكام القرآن أن العمل بالقرائن فى مثل اختلاف الزوجين غير مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم : (البينة على المدعى واليمين على من أنكر) ، لأنه صلى الله عليه وسلم لم يرد بهذا الحديث إلا الموضع الذى تمكن فيه البينة ، فمتى وجدت القرائن التى تقوم مقام البينة عمل بها ، فقد ورد فى القرآن الكريم إقامة القرائن مقام الشهود ، مثل قوله تعالى : « وجاءوا على قميصه بدم كذب » ، وذلك أن إخوة يوسف لما أتوا بقميصه إلى أبيهم تأمله ، فلم ير فيه خرقاً ، ولا أثر ناب ، فاستدل بذلك على كذبهم ، وقال : متى كان الذئب حليماً يأكل يوسف ولا يخرق قميصه ؟ وقد استدل بهذه الآية من يرى الحكم بالأمارات والعلامات فيما لا تحضره البينات ، وأقاموها مقام البينة ، وكذلك جعلوا معرفة العفاص[2] والوكاء[3] قائماً مقام البينة ، وكذلك حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقافة وجعلها دليلا على ثبوت النسب .

وثبت أن عمر رضى الله عنه حكم برجم المرأة التى ظهر بها حمل ، وليس لها زوج ، وجعل ذلك الحمل قرينة تقوم مقام البينة فى أنها زانية[4].

ومع أن جمهور العلماء يرون أن البينة مرادفة للشهادة ، فإنهم لا يقصدون أن

---

(١) من حديث ابن عباس ، التلخيص الحبير ، ج ٤ ، ص ٢٠٨

(٢) العفاص : الوعاء الذى تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة أو غير ذلك ، راجع المصباح المنير ، مادة عفص ، ص ٤٩٨

(٣) الوكاء : حبل يشد به رأس القربة والجمع أوكية ، مثل سلاح وأسلحة . راجع المصباح ، ص ٨٣٨

(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون ، ص ٢٠٢ و ٢٠٣ ، وراجع : القضاء فى الفقه الإسلامى ، ص ١٦٤ و ١٦٥

وسائل الإثبات منحصرة فى الشهادة ، بل إن مرادهم أن البينة إذا أطلقت لا تنصرف إلا إلى الشهادة ، مع وجود وسائل أخرى للإثبات تكلموا عنها كالإقرار ، وعلم القاضى وغيرهما ، إلا أن هذه الوسائل لا تسمى عندهم بينة ، وإنما يسمونها بأسمائها ؟

وقد سمى الشهود بينة لحصول البيان بقولهم ، وارتفاع الإشكال بشهادتهم ؟

تعريف الشهادة عند الفقهاء :

عرف بعض الفقهاء الشهادة بأنها : إخبار الإنسان بحق على غيره لغيره ؟

وفى التنوير : هى إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة فى مجلس القاضى ولو بلا دعوى ، وذلك لإدخال شهادة الحسبة ، إذ لا يشترط فيها تقدم الدعوى[١].

أدلة مشروعية الشهادة :

ثبتت مشروعية حجية الشهادة بأدلة من القرآن والسنة النبوية الشريفة وإجماع علماء الأمة .

أما دليلها من الكتاب فمنه آيات كثيرة منها قوله عز وجل « واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ، فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا »[٢] ، وإنما أمر الله سبحانه بأن يكون العدد فى شهود الزنا أربعة ، لأنه مأمور فيه بالستر ، ولهذا : غلظ فيه النصاب فإنه ليس هناك حق يضيع ، وإنما جلد وعقوبة ، والعقوبة تدرأ بالشبهات ، بخلاف حقوق الله وحقوق عباده التى تضيع إذا لم يقبل فيها قول الصادقين .

قال عمر رضى الله عنه : (إنما جعل الله الأربعة ستراً ستركم به من فواحشكم) .

وفى غير الزنا ، ذكر الله شهادة الرجلين ، والرجل والمرأتين فى الأموال ، فقال فى آية الدين : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحدهما الأخرى ، ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ، ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله ، ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها ، وأشهدوا إذا تبايعتم »[٣].

---

(١) حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ، ص ٢٠٢

(٢) سورة النساء ، الآية ١٥ (٣) سورة البقرة ، الآية ٢٨٢

وقال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم »[١].

وأما السنة فمنها أخبار كخبر الصحيحين : (ليس لك إلا شاهداك أو يمينه) ، وما رواه البيهقي وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (البينة على المدعى)[٢]، وما رواه مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عمران بن حصين قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (إن خيركم قرني ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ، ثم يكون قوم يشهدون ولا يستشهدون، ويخونون ولا يؤتمنون ، وينذرون ولا يوفون، ويظهر فيهم السمن) متفق عليه[٣].

وأما الإجماع فقد ثبت على أن حاجة الناس داعية إلى حجية الشهادة ، لأن المنازعات والخصومات تكثر بين الناس ، وتتعذر إقامة الحجة الموجبة للعلم فى كل خصومة ، والتكليف يكون بحسب الوسع ، ولهذا فقد يكتفى بشهادة الواحد عند الحاجة ، لأن رجحان جانب الصدق يظهر فى خبر الواحد العدل موجباً للعمل به ، وكما لا يثبت القطع بخبر الواحد ، كذلك لا يثبت بخبر الاثنين ، ولا بخبر الأربعة ، بل يثبت بالعدد البالغ حد التواتر ، وإذاً فلا معنى لاشتراط رجلين ، أو رجل وامرأتين لعدم الفائدة .

ويرى بعض الفقهاء ، أن تقدير العدد فى النصوص ليس خالياً من الفائدة ، فإن فيه معنى طمأنينة القلب ، لأن إخبار العدد أظهر منه فى إخبار الواحد ، وفى العدد معنى التوكيد ، فيشترط العدد فى الشهادات صيانة للحقوق من الضياع[٤].

الحكم بالشهادة :

إذا ثبتت الشهادة ، وكانت مستوفية بشروطها ، وجب على القاضى أن يحكم[٥] بموجبها ، لأنها تعينت طريقاً لإظهار الحق ، والقاضى مأمور بأن يقضى بالحق عملا

---

(١) سورة المائدة ، الآية ١٠٦
(٢) متفق عليه من حديث الأشعث بن قيس، راجع: التلخيص الحبير ، ج ٤ ص ١٩٨
(٣) النهاية فى غريب الحديث ، والأثر لابن الأثير ، ج ٣ ، ص ٢٤٧
(٤) أصول الإثبات ، ص ٥٩ و ٦٠
(٥) المغنى لابن قدامة : ١٥٧/٩ و ١٥٨ ، وكشاف القناع : ٤٠٠/٦

بقوله تعالى : « ياداود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق »(١) ، وقوله تعالى: « فلذلك فادع ، واستقم كما أمرت ، ولا تتبع أهواءهم، وقل آمنت بما أنزل الله من كتاب ، وأمرت لأعدل بينكم »(٢)، فالعدل مأمور به من الله ولابد من إظهاره والحكم به ، فوجب على القاضى أن يلتزم به متى استقامت البينة بالطرق المحددة فى الشريعة ووفق الأوضاع والإجراءات التى حددتها ، لأن ذلك فيه تحقيق مصالح الخلق ودرء المفاسد فى تعاملهم واقتضاء حقوقهم .

حكم أداء الشهادة :

الأصل أن أداء الشهادة فرض كفاية على من علمها ، ويسقط أداؤها عنه إذا قام بها اثنان ممن تقبل شهادتهم عند القاضى ، فإن تعينت عليه لزمه القيام بها بالنص والإجماع ، لقوله تعالى : (ولا يأب الشهداء إذا مادعوا) ، وقوله سبحانه وتعالى : « ولا تكتموا الشهادة ، ومن يكتمها فإنه آثم قلبه »(٣)، والنهى عن الكتمان يكون أمراً بضده وهو الأداء ، عملا بقوله تعالى : « وأقيموا الشهادة لله » ، وقوله سبحانه وتعالى : « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين ، إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بهما»(٤)،وفى آية أخرى يقول عز وجل : « كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا، اعدلوا هو أقرب للتقوى »(٥). ويسقط عنه وجوبها إذا عجز عن أدائها أو كان سيلحقه ضرر فى بدنه ، أو ماله ، أو أهله ، أو عرضه ، لقوله تعالى : « ولا يضار كاتب ولا شهيد » .

على أن من أسباب وجوب الشهادة طلب ذى الحق من الشاهد أن يشهد له بحقه ، وهذا يشمل شاهد الحسبة إلا إذا كان صاحب الحق لا يعلم بها وخاف الشاهد موت الحق فإنه يجب عليه أن يشهد بلا طلب من صاحب الحق ، وهذا فى حقوق الناس .

أما حقوق الله تعالى ، وهى كل ماليس للمكلف إسقاطه كالطلاق ، والرضاع ، والوقف على مسجد أو مدرسة ونحوهما ، فيجب أداء الشهادة فيها بلا طلب من أحد

(١) سورة ص ، الآية ٢٦ (٢) سورة الشورى ، الآية ١٥
(٣) سورة البقرة ، الآيتان ٢٨٢ و ٢٨٣
(٤) سورة النساء ، الآية ١٣٥ (٥) سورة المائدة ، الآية ٨

فيما عدا الحدود فإن الشاهد فيها مخير بين الستر والإظهار ، لأن فى الستر على المسلم وقاية له من الهتك ، والستر أفضل لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة) ، ولقوله صلى الله عليه وسلم لمولى ماعز وقد شهد عنده : (لو سترته بثوبك لكان خيراً لك)[١] .

وقد صح أن النبى صلى الله عليه وسلم عرَّض لماعز بالرجوع عن الإقرار بالزنا ، حيث قال له : لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت[٢] .. أبك جنون ؟ غير أنه أصر على إقراره بقوله : لقد زنيت ، إلا أن يكون المشهود عليه متهتكاً لا يبالى ، فأداء الشهادة أفضل وهو ظاهر .

ولا يرد على هذا ، أن أداء الشهادة فرض ، فكيف يخرج منه الشهادة على الحدود ، وذلك لأن أحاديث الستر وتلقين مايدرأ الحد قد بلغت فى مجموعها مبلغ الشهرة فجاز أن يخصص بها القطعى .

لكن العلماء قالوا فى السرقة : يجب على الشاهد أن يشهد بالمال فيقول : فلان أخذ المال ، لكى يحفظ حق المسروق منه ، ولا يقول : فلان سرق ، لكى يصون يد السارق عن القطع ، وبهذا يكون قد جمع بين الستر والإظهار[٣].

شروط الإدلاء بالشهادة :

ذكر العلماء لأداء الشهادة شروطاً وهى :

أن تكون الشهادة بمجلس القاضى ، لأن غايتها الحكم بموجبها ، وأن تكون فى حضور الخصمين ، وأن تؤدى الشهادة بلفظ أشهد كما هو مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة ، ونقل ابن القيم أن مذهب مالك وأبى حنيفة وظاهر كلام أحمد بن حنبل أنه لا يشترط فى صحة الشهادة لفظ أشهد بمعنى أنه متى قال الشاهد : رأيت كذا أو سمعت ونحوهما ، كان ذلك شهادة منه ، وبه قال ابن تيمية ، فهو لايشترط لفظ الشهادة حتى

(١) أخرجه النسائى . راجع : أبو داود ، ج ٦ ، ص ٢١٤

(٢) رواه البخارى من حديث ابن عباس التلخيص ، ج ٤ ص ٥٧

(٣) راجع : اللباب لعبد الغنى الغنيمى فى شرح الكتاب لأحمد بن محمد القدورى : ٤/٥٤ و ٥٥ ، والقضاء فى الفقه الإسلامى ، ص ١٦٨

تصح ، فكل من أخبر بشيء فقد شهد به وإن لم يتلفظ بلفظ أشهد ، واستند في ذلك إلى أنه لم يثبت في كتاب الله ولا سنة رسوله ولا قول أحد من الصحابة ، ولا يتوقف إطلاق لفظ الشهادة لغة على ذلك[١] . ومن ثم فإن الأدلة المتظاهرة من الكتاب والسنة وأقوال الصحابة واللغة العربية تنفي ذلك ، فقد قال تعالى : « قل هلم شهداءكم الذين يشهدون أن الله حرم هذا ، فإن شهدوا فلا تشهد معهم.. »[٢] الآية .

ومعلوم أنه ليس المراد التلفظ بلفظ أشهد في هذا المحل ، بل مجرد الإخبار بتحريمه ، وقال تعالى : « لكن الله يشهد » ، ولا يتوقف صحة ذلك على أن يقول سبحانه : أشهد ، وذلك كثير في القرآن الكريم ، وقال ابن عباس : (شهد عندي رجال مرضيون وأرضاهم عندي عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس ، وبعد الصبح حتى تطلع الشمس)[٣] ، ومعلوم أن عمر بن الخطاب لم يقل لابن عباس : أشهد ، ولكن أخبره ، فسمى ذلك شهادة ، فاشتراط لفظ الشهادة لا أصل له في الكتاب ولا في السنة ولا في عمل السلف الصالح[٤] .

ومن الفقهاء من يرى تحليف الشهود ، فقد نقل عن علي بن أبي طالب أنه كان يحلف الشاهد والراوي إذا اتهمهما . ونقل في البحر عن التهذيب : أن الشهود يحلفون في زماننا لتعذر التزكية ، إذ المجهول لا يعرف المجهول .

ومن شروط الإدلاء بالشهادة العلم بما يشهد به ، إذ لا تصح الشهادة إلا بما علم الشاهد وقطع بمعرفته لا بما يشك فيه ولا بما يغلب على الظن معرفته ، ففي القرآن الكريم : « وما شهدنا إلا بما علمنا »[٥] .

وروى عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل : (ترى الشمس ؟ قال : نعم . قال : على مثلها فاشهد أو دع)[٦] ، لكن بعض علماء الحديث ضعف هذا الحديث مع تصحيح الحاكم له ، لأن في إسناده محمد بن سليمان بن مشمول ، وقد ضعفه

---

(١) راجع : أعلام الموقعين لابن القيم : ١/٧٥

(٢) سورة الأنعام ، الآية ١٥٠

(٣) بدائع المنن في ترتيب مسند الشافعي والسنن ، ج ١ ، ص ٥٢

(٤) القضاء في الفقه الإسلامي ، ص ١٧٣ و ١٧٤

(٥) سورة يوسف ، الآية ٨١ (٦) التلخيص الحبير ، ج ٤ ، ص ١٩٨

النسائى وقال البيهقى : لم يرو من وجه يعتمد عليه[١] . وقد يلحق الظن الغالب باليقين للضرورة فى مواضع كالشهادة فى التفليس وحصر الورثة .

ومدارك العلم الذى تقع به الشهادة اثنان : الرؤية والسماع . وما عدا ذلك من مدارك العلم ، كالشم ، والذوق ، واللمس ، لاحاجة إليها فى الشهادة فى الغالب .

فأما ما يقع بالرؤية فالأفعال ، مثل : الغصب ، والإتلاف ، والزنا ، وشرب الخمر ، وسائر الأفعال ، وكذلك الصفات المرئية ، كالعيوب فى البيع ونحوها ، فهذا لا تتحمل الشهادة فيه إلا بالرؤية ، لأن الشهادة عليه ممكنة قطعاً ، فلا يرجع إلى غير ذلك .

وأما السماع فنوعان :

أحدهما : السماع من المشهود عليه ، مثل العقود ، كالبيع ، والإجارة ، والرهن ، وغير ذلك من الأقوال ، فلابد من سماع كلام المتعاقدين ، وهل لابد من رؤية المتعاقدين أو يكفى سماع صوتهما من غير رؤية ؟ خلاف بين العلماء ، والصحيح أنه لا يشترط رؤية المتعاقدين إذا عرفهما الشاهد وتيقن كلامهما ، لأنه قد يحصل العلم بالسماع يقيناً وقد ثبت أن الشرع قد اعتبر رواية الحديث من غير رؤية ، ولهذا قبلت رواية الأعمى للحديث ، ورواية الذين رووا الحديث عن أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير محارمهن ، فإنهم رووا عنهن الحديث من غير رؤية لهن[٢].

النوع الثانى من السماع : ما يعلمه بالاستفاضة ، فإذا كان فى مثل النسب والولادة فهذا محل اتفاق العلماء . قال ابن المنذر : أما النسب فلا أعلم أحداً من أهل العلم منع منه ، ولو منع ذلك لاستحالت معرفة الشهادة به ، إذ لا سبيل إلى معرفته قطعاً بغيره ، ولا يمكن المشاهدة فيه ، ولو اعتبرت المشاهدة لما عرف أحد أباه ولا أمه ولا أحداً من أقاربه .

أما غير النسب والولادة فمختلف فيه بين العلماء ، فيرى الحنابلة وبعض الشافعية جواز الشهادة بالاستفاضة على تسعة أشياء : الزوجية والملك المطلق ، أى الذى لمن يبين

---

(١) سبل السلام للصنعانى : ٤/١٣٠ ، وكشاف القناع : ٦/٤٠٢

(٢) القضاء فى الفقه الإسلامى ، ص ١٦٩ و ١٧٠

له سبب من عقد أو غيره ، والوقف ومصرفه ، والموت والعتق ، والولاء ، والولاية ، والعزل ؛ لأن هذه الأشياء تتعذر الشهادة عليها فى الغالب بمشاهدتها أو مشاهدة أسبابها ، فجازت الشهادة عليها بالاستفاضة كالنسب .

ويرى فريق آخر من الشافعية أنه لا يجوز بالاستفاضة فى الوقف ، والولاء ، والعتق ، والزوجية ، لأن الشهادة ممكنة فيها بالقطع ، فإنها شهادة بعقد ، فتكون كالشهادة على سائر العقود .

ويرى أبو حنيفة أن الشهادة بالاستفاضة لا تقبل إلا فى الزواج ، والموت ، ولا تقبل فى الملك المطلق ، لأنها شهادة بمال ، فهى أشبه بالدين .

وقد رد ابن قدامة على هذا بقوله : إن الشهادة هنا ليست بالعقود ، وإنما الشاهد يشهد بالوقف الحاصل بالعقد ، فهو بمنزلة الملك ، وكذلك يشهد بالزوجية دون العقد ، وكذلك الحرية ، والولاء ، وهذه جميعها لا يمكن القطع بها ، كما لا يمكن القطع بالملك[1].

والاستفاضة إنما تحصل بكثرة الإخبار بالأمر الذى يشهد عليه ويسمعه من عدد كثير يحصل به العلم ، ويرى بعض فقهاء الشافعية أنه يكفى أن يسمع الشاهد من اثنين عدلين ويسكن قلبه إلى خبرهما ، لأن الحقوق تثبت بقول اثنين .

والأول هو الراجح كما قال ابن قدامة ، لأنه الذى يقتضيه لفظ الاستفاضة ، فإنها مأخوذة من فيض الماء لكثرته[2].

شروط الشاهد :

اشترط الفقهاء للشاهد شروطاً حتى تكون شهادته مقبولة عند القاضى ويثبت بها الحق المتنازع فيه أمام القضاء ، ولهذا فإننا سوف نتناول هذه الشروط فيما يلى :

الشرط الأول : الإسلام : إذا كان المشهود عليه مسلماً أو ذمياً ، لقوله تعالى : « وأشهدوا ذوى عدل منكم »[3] ، والكافر ليس عدلا ، وليس منا ، أما أهل الكتاب فتقبل شهادة بعضهم على بعض إذا كانوا أهل دين واحد أو ملة واحدة ، فإذا اختلفت مللهم فلا تجوز شهادتهم على بعضهم ، وعلى هذا فلا تقبل شهادة النصرانى على اليهودى

---

(١) المرجع السابق ، ص ١٧١ ، وانظر : المغنى لابن قدامة : ٩/١٦٢

(٢) المغنى لابن قدامة : ٩/١٦١ و ١٦٢ . (٣) سورة الطلاق ، الآية ٢

ولا العكس ، لقوله تبارك وتعالى : « ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك »[١] فقد أخبر المولى سبحانه أن من أهل الكتاب من يؤتمن على مثل هذا القدر من المال ، وهو قنطار من الذهب ، ولا ريب أن يكون مثل هذا أميناً على قرابته وذوى مذهبه من باب أولى .

ولما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال : لاتقبل شهادة أهل دين على أهل دين إلا المسلمون فإنهم عدول على أنفسهم ، وعلى غيرهم[٢].

لكن : أجاز الله سبحانه وتعالى شهادة الكفار على المسلمين فى السفر فى الوصية[٣] للحاجة ، ومعلوم أن حاجة الكفار إلى قبول شهادة بعضهم على بعض أعظم بكثير من حاجة المسلمين إلى قبول شهادتهم عليهم ، فإن الكفار يتعاملون فيما بينهم بأنواع المعاملات من المداينات ، وعقود المفاوضات وغيرها ، وتقع بينهم الجنايات وعدوان بعضهم على بعض ولا يحضرهم فى الغالب مسلم ، ويتحاكمون إلينا ولو لم تقبل شهادة بعضهم على بعض لأدى ذلك إلى تظالمهم وضياع حقوقهم ، وفى ذلك فساد كبير ، وغير المسلم قد يكون عدلا فى دينه بين قومه صادق اللهجة عندهم .

وقد دل القرآن صراحة على قبول شهادة غير المسلمين على المسلمين فى السفر بقوله تعالى : « أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم فى الأرض »[٤] ، وقد فسر ابن عباس ذلك بقوله : « أو آخران من غيركم » أى من أهل الكتاب ، وقال الشعبى أو آخران من غيركم أى من اليهود والنصارى ، وبه قال جمهور فقهاء الحديث وأحمد ابن حنبل والظاهرية .

وقد حكم به رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديث تميم الدارى عن ابن عباس قال : كان تميم الدارى وعدى بن بداء يختلفان إلى مكة بالتجارة ، فخرج معهم رجل من بنى سهم ، فتوفى بأرض ليس فيها مسلم ، فأوصى إليهما ، فدفعا تركته إلى أهله وحبسا معهما جاماً من فضة مخوصاً بالذهب ، فلما فقد أولياؤه الجام أتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبروه بذلك ، فحلفهما ، فحلفا وقالا : ما كتمنا ولا أضعنا ثم

---

(١) سورة آل عمران ، الآية ٧٥ (٢) التلخيص الحبير ، ج ٤ ، ص ١٩٨

(٣) بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم » سورة المائدة ، الآية ١٠٦

(٤) سورة المائدة ، الآية ١٠٦

عرف الجام بمكة ، فقالوا : اشتريناه من تميم وعدى ، فقام رجلان من أولياء السهمى فحلفا بالله : أن هذا الجام للسهمى ، ولشهاداتنا أحق من شهادتهم وما اعتدينا إنا إذاً لمن الظالمين ، فأخذا الجام ، وفيها نزلت الآية(١) .

وذهب ابن تيمية إلى القول : بأن قبول شهادتهم فى هذا الموضع ضرورة ، وهذا التعليل يقتضى قبولها فى كل ضرورة حضراً أو سفراً .

وعلى هذا لو قيل : يحلفون فى شهادة بعضهم على بعض كما يحلفون فى شهادتهم على المسلمين فى وصية السفر لكان متوجهاً ، ولو قيل : تقبل شهادتهم مع أيمانهم فى كل شىء عدم فيه المسلمون لكان له وجه ، ويكون بدلا مطلقاً .

الشرط الثانى : العقل : وهو شرط عند تحمل الشهادة وأدائها ، لأنه يترتب على عدمه عدم الضبط ، وانتفاء الثقة بما يخبر به ، لأن تحمل الشهادة ماهو إلا فهم للحادثة وضبطها ، وهذا لا يحصل إلا بوجود آلة الفهم والضبط ، وهى العقل(٢).

الشرط الثالث : البلوغ : فلا يصح التحمل من الصبى الذى لم يبلغ حد التمييز لأنه لايدرك فهم الحادثة وضبطها لعدم وجود آلة الضبط والفهم عنده وهى العقل .

والمالكية وابن القيم من الحنابلة يجيزون شهادة الصبيان فى الجراح والقتل ، كما جاء فى التبصرة ، والجواز لعلة الاضطرار ، إذ لو أهملوا لأدى ذلك إلى ضرر كبير وهدر جنايات تعظم ، فالمنع هو الأصل ، وإليه ذهب الشافعى وأبو حنيفة . ومن أجاز ذلك من الفقهاء اشترط لجواز قبول شهادة الصبيان ضوابط معينة ، منها : أن يكون ممن يعقلون الشهادة ، وأن تكون الشهادة فيما بين الصبيان لا على جناية كبير على صغير ، ولا جناية صغير على كبير ، وأن تكون الشهادة قبل تفرقهم ، وأن تكون متفقة غير مختلفة ، وأن تكون فى القتل والجراح .

ولا تقبل شهادة الصبيان فى الأموال ، فالأموال إذاً متفق عليها بين العلماء فى عدم قبول شهادة الصبيان فيها ، وإنما الخلاف بينهم فى القتل والجراحات التى تحدث بينهم على النحو الذى بيناه .

---

(١) ورد ذكرها فى ص ٨٥ ، هامش رقم ٣

(٢) أصول الإثبات ، ص ٦٥ ، والقضاء فى الفقه الإسلامى ، ص ١٧٤

الشرط الرابع : العدالة : فيشترط فى الشاهد أن يكون عدلا ، والعدل اصطلاحاً من لا يأتى بكبيرة ، ولا يصر على صغيرة ، ويكون ستره أكثر من هتكه ، وصوابه أكثر من خطئه ، ومروءته ظاهرة ، لقوله تعالى : « وأشهدوا ذوى عدل منكم »(١)، وقوله صلى الله عليه وسلم : (يحمل هذا العلم من كل خلف عدوله) (٢)، فإذا تحقق شرط العدالة فى الشهود وجب على القاضى أن يقضى فى الحادثة المعروضة عليه ، فهى شرط وجوب لا شرط صحة ، وعلى ذلك فلا مانع من قبول شهادة الفاسق بعد التبين والتثبت ، أى أن القاضى ملزم بشهادة العدول ، وله الخيار فى القضاء بشهادة الفساق ولو تحرى وتثبت لم يكن آثماً ولا عاصياً فى قضائه ، وهذا عند الحنفية .

وهذا ما يراه عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، فقد خطب فقال : (إن أناساً كانوا يؤخذون بالوحى فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإن الوحى قد انقطع ، وإنما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم ، فمن أظهر لنا خيراً أمناه وقربناه وليس لنا من سريرته شىء ، الله يحاسبه فى سريرته ، ومن أظهر لنا سوءاً لم نأمنه ، ولن نصدقه ، وإن قال : إن سريرته حسنة) .

وقد سمع الصحابة منه هذا القول فآثروه واستدلوا به على قبول شهادة من لم يظهر منه ريبة نظراً إلى ظاهر الحال .. ومن ثم فإنه يكفى فى تقرير العدالة وثبوتها ما يظهر من حال المعدَّل من الاستقامة من غير كشف عن حقيقة سريرته ، لأن ذلك متعذر إلا بالوحى وقد انقطع .

ولا وجه لقبول من ليس بعدل ، فإن اعتبار العدالة أمر نطق به الكتاب العزيز والسنة المطهرة ، والإجماع على اعتبارها .

ويرى بعض الفقهاء أنه يجب على القاضى ألا يقبل الشهادة إلا من الشخص الذى ثبتت عدالته ، فإذا عرف عدالته قبل شهادته ، وإذا عرف فسق الشاهد رد شهادته ولا يحتاج إلى بحث عنه ، وذلك مثل الشخص الذى انتشر خبر فسقه بين الناس . وإذا لم يعرف القاضى عدالة الشاهد ولا فسقه سأل عنه ، لأن معرفة العدالة شرط فى قبول الشهادة بجميع الحقوق ، وهذا ما يراه الشافعى وأحمد فى رواية عنه .

---

(١) سورة الطلاق ، الآية ٢

(٢) النهاية فى غريب الحديث والأثر لابن الأثير ، ج ١ ، ص ٣١٣

فقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه أتى بشاهدين ، فقال لها : لست أعرفكما ، ولا يضركما أننى لم أعرفكما ، جيئا بمن يعرفكما ، فأتيا برجل ، فقال له عمر : أتعرفهما ؟ فقال : نعم ، فقال عمر : صحبتهما فى السفر الذى تبين فيه جواهر الناس ؟ قال : لا . قال : عاملتهما فى الدنانير والدراهم التى تقطع فيها الرحم ؟ قال : لا . قال : كنت جاراً لهما تعرف صباحهما ومساءهما ؟ قال : لا . قال : يا ابن أخى ، لست تعرفهما ، ثم قال للرجلين : جيئا بمن يعرفكما[1].

وهذا يدل دلالة قوية على أنه لابد من معرفة حقيقة العدالة[2].

ويرى مالك أن من كان مشهوراً بالعدالة لا يسأل القاضى عنه ، ومن عرف أنه غير عدل لا تقبل شهادته ، وإنما يسأل القاضى عن الشاهد إذا شك فى عدالته .

ومن المستحسن أن يتخذ القاضى مزكياً ، أى معدلا لا يشهد بعدالة الشاهد لشدة الحاجة إليه ليعرف القاضى عن طريقه حال من يجهل حاله من الشهود ، لأن القاضى لا يتيسر له البحث عنهم[3].

ويرى الإمام الشوكانى أن شرط العدالة قد لا يتوافر كثيراً ، واشتراطه قد يضيع كثيراً من الحقوق ، فيقول : (إن كثيراً من القرى لا يوجد فيها من يستحق أن يطلق عليه اسم العدل قط ، بل يكون أكثر أهلها إن لم يكونوا كلهم متساهلا فى الإيقان بأركان الإسلام ، كالصلاة والصوم مثلا ، وإن صلى لا يحسن لها ذكراً ، ولا يقيم لها ركناً ، بل وكثير منهم لا يحسن النطق بكلمة الشهادة . فكان حالهم فى ذلك ظلمات بعضها فوق بعض ، ثم يقع بينهم التظالم فى الدماء والأموال ، وليس فيهم عدل معتبر فى الشهادة ، ولا يحضرهم عدل من غيرهم ، فيترافعون إلى حكام الشريعة ، وعلم أنهم لا يتورعون عن منكر من المنكرات ، ولا يتوقفون عند حد من حدود الشرع ، ويقدمون على الأيمان الفاجرة ، وعلى شهادة الزور ، فما ذا يصنع الحاكم عند ترافعهم إليه ؟ إن وقف على اعتبار العدالة فى الشهود ، وعلموا بذلك منه ، سفكوا الدماء ، وهتكوا الحرم ، وأكل بعضهم أموال بعض ، وهم فى أمن من أن يقبل عليهم شاهداً

(١) التلخيص الحبير ، ج ٤ ، ص ١٩٧
(٢) المغنى لابن قدامة : ٤١٥/١١ ، طبع دار الكتاب العربى - بيروت .
(٣) مغنى المحتاج للشربينى الخطيب : ٣٨٨/٤

ويلتفت إلى إخبار مخبر ، بل غاية ما هناك : أن الحاكم يسد باب البينة والإخبار ، إذ لا عدل معتبر .

وفى هذه الحالة يجوز للحاكم أن يقبل بينة المترافع ، ويستكثر من عددها ، حتى تلوح له أمارات الصدق ، أو يبلغ إلى حد التواتر ، فإن ذلك أقرب إلى اعتبار جلب المصلحة ، ودفع المفاسد المخالفة للشرع ، وأزجر لهؤلاء العوام عن انتهاك الحرم ، وسفك الدماء ، ونهب الأموال . ويذهب ابن فرحون إلى القول بشهادة غير العدول لضرورة هذا المذهب[1].

الشهادة فى الحقوق ومراتبها :

الشهادة فى الحقوق تنقسم إلى خمس مراتب :

المرتبة الأولى : شهادة توجب الشىء المشهود به دون يمين ، وهى تنقسم إلى الأقسام الآتية :

الأول : أربعة شهود ذكور فى إثبات الزنا .

الثانى : شاهدان رجلان ، وذلك فى سائر الأحكام سوى الزنا وما فى حكمه .

الثالث : شاهد وامرأتان .

الرابع : امرأتان بانفرادهما .

الخامس : شاهد واحد فيما يبتدئ القاضى فيه بالسؤال ، وفيما كان علماً يؤديه الشاهد ، كالترجمان والقائف والطبيب .

المرتبة الثانية : وهى الشهادة التى توجب الشىء المشهود به مع يمين المدعى فى مثل شاهد ويمين المدعى أو امرأتان ويمينه ، ويكون ذلك فى حقوق الأموال ، والمقصود منه المال ، كأن يقول البائع : بعت على البت ، ويقول المشترى : بل اشتريت على الخيار ، لأن البيع على الخيار مما يؤول إلى المال ، لأن الثمن يقل ويكثر بالبت والخيار ونحو ذلك .

المرتبة الثالثة : وهى الشهادة التى توجب حكماً ، ولا توجب الشىء المشهود به فمثالها شاهد عدل أو امرأتان على الطلاق ، فإنها توجب اليمين على المشهود عليه إذا

(١) أصول الإثبات ، ص ٦٩ و ٧٠

أنكر ، وكذلك إذا شهد شاهد بقتل عمد ، فنكل أولياء الدم عن القسامة ردت اليمين على القاتل ، وكذا إذا شهد بالنكاح رجل وامرأتان ، فهذه الوجوه كلها يترتب عليها وجوب اليمين على المشهود عليه ولا توجب الشيء المشهود به .

المرتبة الرابعة : وهى الشهادة التى لا توجب المشهود به ، إلا أنها توجب على الشاهد حقاً ، وهى تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول : الشهادة على جريمة الزنا إذا لم تكمل على وجهها ، وذلك كالثلاثة فأقل يشهدون على معاينة الزنا فعليهم حد القذف .

القسم الثانى : رجوع الشهود عن الشهادة بعد أدائها وقبل الحكم بها ، واعترفوا بشهادة الزور وأنهم تابوا ، فإن شهادتهم لا توجب شيئاً . وفى تأديبهم خلاف .

أما لو رجعوا بعد الحكم بها ، فإن كان فى مال أو فى نفس أو حد من قطع أو قذف أو شتم ، فإن أخبروا عن غلط غرموا المال ودية المتلف ، وإن أخبروا عن تعمد كذب غرموا المال . واختلف الفقهاء فى إلزام القصاص فى النفس البشرية التى أتلفت بشهادة الزور ، أو اليد التى قطعت بشهادتهم ونحو ذلك . فنهم من قال بالقصاص ، ومنهم من قال بالدية .

وأما الرجوع عن الشهادة بالقذف والشتم بعد الحكم فليس فيه غير الأدب .

المرتبة الخامسة : الشهادة التى لا توجب شيئاً ، وهى شهادة الكافر والفاسق والنساء فيما لا تقبل شهادتهن فيه كشهادتهن فى الحدود والقصاص(1).

النصاب المعتبر فى الشهادة :

الأصل فى نصاب الشهادة التعدد ، لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى ... واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى»(2) ووجه الدلالة أن الله سبحانه أمر صاحب الحق أن يحفظ حقه بشاهدين أو بشاهد وامرأتين ، وهذا لا يدل على أن الله أوجب على الحكام ألا يحكموا بأقل من ذلك ،

(1) راجع : تحفة الحكام لابن فرحون ، ص ٢١٣ و ٣١٤ و ٣١٥ بتصرف .
(2) سورة البقرة ، الآية ٢٨٢

ولهذا جوز ابن القيم الحكم بشهادة الرجل الواحد إذا عرف صدقه فى غير الحـدود . وشهادة النساء منفردات فى الأعراس والحمامات والمواضع التى تنفرد النساء بالحضور فيها ، ولولا ذلك لضاعت الحقوق .

القضاء بشاهد ويمين :

والطرق المثبتة للحقوق منها ما هو متفق عليه بين الأئمة ، ومنها ما هو مختلف فيه ، ومن أول المسائل التى وقع فيها الاختلاف مسألة القضاء بشاهد واحد ويمين صاحب الحق المدعى به :

١ — فذهب جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين وفقهاء المدينة السبعة ومالك والشافعى وأحمد وإسحاق ، وداود ، إلى جواز القضاء بشاهد ويمين .

واستدلوا على ذلك بأدلة كثيرة من الأحاديث التى بلغت حد الشهرة ، وقـد رواها من الصحابة واحد وعشرون صحابياً ، وأصح ما ورد فى ذلك حديث ابن عباس وحديث أبى هريرة ، فقد روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (قضى بيمين وشاهد)[١].

وعن جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم (قضى بالشاهد الواحد مع يمين الطالب)[٢].

يقول الشافعى : إن الأحاديث المروية فى هذا الباب أحاديث صحيحة السند ظاهرة الدلالة على الجواز ، وقد عضد بعضها بعضاً ، وهى نص فى الموضوع ، ومثله مثل سائر الأحكام التى ثبتت مشروعيتها بالسنة الظاهرة ، المروية عن الرسول صلى الله عليه وسلم .

وقد عمل بذلك الخلفاء الراشدون ، وأبى بن كعب ، وابن عباس ، ومعاوية ، وعمر بن عبد العزيز ، وشريح ، والشعبى ، وربيعة ، وفقهاء المدينة ، والناصر ، وكتب به عمر بن عبد العزيز إلى عماله ، وإياس بن معاوية ، وأبو سلمة بن عبد الرحمن وأبو الزناد .

---

(١) رواه مسلم وأبو داود والنسائى والحاكم والشافعى وزاد فيه عن عمرو بن دينار أنه قال : وذلك فى الأموال . التلخيص الحبير ، ج ٤ ، ص ٢٠٥

(٢) رواه أحمد والترمذى وابن ماجه والبيهقى . المرجع السابق ، ج ٤ ، ص ٢٠٦

وقال مالك: وإنه ليكفي من ذلك ما مضى من عمل السنة ، أترى هؤلاء تنقض أحكامهم ويحكم ببدعتهم ؟ هذا إغفال شديد ونظر غير سديد ، ولم يأت عن أحد من الصحابة أنهم أنكروا اليمين مع الشاهد، بل جاء عنهم القول به ، وهي من الأحكام التي ثبتت بالسنة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم .

والسنة هي المصدر الثاني للتشريع ، وهي كالقرآن الكريم وحي من عند الله تعالى غير متلو ، وقد أمرنا الله بطاعة الرسول ، وأمرنا بأن نأخذ ما آتانا ، وأن ننتهي عما نهانا عنه ، وهذا الحكم مما شرعه لنا ، فهو حكم الله على لسان رسوله ، وعلى هذا فإن الأحاديث المروية في القضاء بشاهد ويمين بيان لقاعدة عامة من طرق إثبات الحقوق .

دليل جواز القضاء بالشاهد واليمين بالعقل :

ومن جهة العقل قال القرطبي : إنا وجدنا اليمين أقوى من المرأتين ، لأنهما لا مدخل لهما في اللعان ، واليمين تدخل في اللعان بنص القرآن .

والسنة إذا صحت فالقول بها واجب ، لأن من خالفها محجوج بها :

٢ ــ وذهب زيد وعلي وأبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي وعطاء والزهري والنخعي إلى القول بعدم جواز القضاء بالشاهد واليمين .

وزعم عطاء : أن أول من قضى بذلك عبد الملك بن مروان ، وقال الحكم : القضاء بالشاهد واليمين بدعة وأول من حكم به معاوية .

واستدل الحنفية ومن معهم بالكتاب والسنة .

أما الكتاب : فاستدلوا منه بقوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » . وذلك أن الله سبحانه وتعالى أمر باستشهاد رجلين ، فإن لم يتيسر إحضارهما وعجز المدعي فرجل واحد وامرأتان لإثبات الحق المدعى به ، وهذا هو الطريق الذي نصت عليه الآية ، فلو كان الشاهد واليمين من الطرق التي تنفع في إثبات الحقوق والقضاء بهما لذكرها الله مع الطريقين المذكورين وهما الشاهدان والرجل والمرأتان ، وهذا يدل على أن طريق الإثبات منحصر في ذلك ، فمن قال بالشاهد واليمين فهو قول بخلاف ما ذكره الله في

كتابه ، إذ أن الشاهد واليمين لم يذكرا فى الآية ، فالعمل بهما مخالف لكتاب الله بحديث ثابت بخبر الآحاد ، وهو ظنى ، والقرآن قطعى الثبوت ، فلا تجوز مخالفة الأقوى بالأضعف[1].

وأيضاً قد انتظمت الآية شيئين من أمر الشهود :

أحدهما : العدد ، والآخر : الصفة ، وهى أن يكونوا أحراراً مرضيين ، لقوله تعالى : « من رجالكم » ، وقوله : « ممن ترضون من الشهداء » ، فلما لم يجز إسقاط الصفة المشروطة لهم ، والاقتصار على ما دونها ، لم يجز إسقاط العدد ، إذ كانت الآية مقتضية لاستيفاء الأمرين فى تنفيذ الحكم بها ، وهو العدد ، والعدالة ، والرضا ؛ لأن العدد معلوم من جهة اليقين ، والعدالة إنما تثبتها عن طريق الظاهر لا من طريق الحقيقة ، فلما لم يجز إسقاط العدالة المشروطة من طريق الظاهر ، لم يجز إسقاط العدد المعلوم من جهة الحقيقة واليقين[2].

وأما دليل السنة : فمنها قول النبى صلى الله عليه وسلم : (البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر)[3] ، فقد دل الحديث على عدم جواز القضاء بالشاهد واليمين . وبيان ذلك أنه عليه الصلاة والسلام جعل البينة فى جانب المدعى ، فلا تكون الشهادة وهى أولى البينات لغيره وهو المدعى عليه ، وجعل اليمين على المدعى عليه وهو المنكر فلا تكون فى غيره ، فيكون القول بجواز القضاء بالشاهد واليمين مخالف للحديث .

والحكمة فى توزيع البينات والأيمان بين طرفى الخصومة على هذا النحو الذى ورد فى الحديث أن جانب المدعى ضعيف ، لأنه يدعى خلاف الظاهر ، وليس معه إلا إخباره بدعواه ، فليس عنده ما يقويه ، فلذلك كانت الشهادة فى جانبه لتقويه فى دعواه ، والمدعى عليه أقوى ، لأن الظاهر معه ، والأصل براءة ذمته ، وباستصحاب هذا الأصل يكون بريئاً حتى تثبت إدانته ، ومن هنا قالوا : المتهم برىء حتى تثبت إدانته ، لأن الأصل كما قلنا ، براءة الذمة .

---

(١) راجع : القضاء فى الكتاب والسنة لفضيلة أستاذنا الدكتور محمد أنيس عبادة ، ص ١١٧ وما بعدها .

(٢) راجع : الحجج القضائية للدكتور محمود على أحمد إبراهيم ، ص ٤١

(٣) بدائع المنن فى ترتيب مسند الإمام الشافعى والسنن ، ج ٢ ، ص ٢٣٤

فكانت الحجة القوية وهى البينة ومنها الشهادة فى جانب الضعيف لتقوى دعواه ، واليمين وهى أضعف من البينة جعلها الشارع فى جانب المدعى عليه ، وبذلك وزع الشارع على كل طرف مايناسبه ، وهذه قسمة ، والقسمة تنافى الشركة ، والقول بجواز الشاهد واليمين معناه ثبوت الشركة فى الشهادة واليمين ، فيكون مخالفاً لما ثبت عن الرسول الذى قضى بأن جنس البينة فى طرف وجنس اليمين فى طرف ، وهذا يمنع أن يكون الجنس الثابت بالحديث لطرف مع غيره[1].

ومع هذا فإن الذى نرجحه هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الذين قالوا : إن الشاهد ويمين المدعى حجة يقضى القاضى بها ، لأن الحديث الذى ورد بذلك هو حديث صحيح ، فقد ذكر ابن الجوزى عدد من رواه ، فزاد على عشرين صحابياً ، وأصح طرقه حديث ابن عباس وحديث أبى هريرة[2] ، وليس ثمة أدنى خلاف بين حكم الله فى الآية وحكم رسوله فى الحديث المذكور ، لأنه يكون خلافاً إذا قال الله فيه : لا تحكموا بالشاهد واليمين ، ولكنه لم يمنعه بل سكت عنه، ثم جاءت السنة ففسرت وذكرت ما سكت عنه القرآن ، والمعهود فى السنة البيان ، فهى مفسرة ومترجمة عنه لقوله تعالى : « لتبين للناس مانزل إليهم » وقد بين لنا أن الشاهد واليمين حجة بالأحاديث ، وليس هذا فحسب ، بل إن السنة جاءت بأحكام كثيرة بهذا الأسلوب .

فإن قيل : إن العمل بالشاهد واليمين زيادة على مادل عليه قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم »[3]، وزيادة على مادل عليه قوله صلى الله عليه وسلم (شاهداك أو يمينه)[4] فالجواب : أن هذه الزيادة غير منافية للأصل فقبولها محتم ، وغاية مايقال بفرض التعارض إن الآية والحديث يدلان بمفهوم العدد على عدم قبول الشاهد واليمين للحكم بمجردهما ، وهذا المفهوم على فرض قبوله مردود لأنه لايعارض المنطوق ، وهو ظاهر حديث الشاهد واليمين . وقد حكم به رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا خلفاؤه من بعده ، وهم لا يحكمون بغير الشرع .

---

(١) راجع : القضاء فى الكتاب والسنة ، ص ١٢٣ و ١٢٤

(٢) راجع : نيل الأوطار : ١٩٢/٩

(٣) سورة البقرة ، الآية ٢٨٢

(٤) النهاية فى غريب الحديث ، والأثر ، ج ٢ ، ص ٢٤٣

بل أجاز طائفة من قضاة السلف العادلين الحكم بشهادة الشاهد الواحد من غير يمين إذا علم صدقه ، قال أبو عبيد الله القاسم بن سلام : قضى شريح وزرارة بن أبي أوفى بشهادة شاهد واحد دون حاجة ليمين المدعى ، لأن اليمين لمجرد الاستيثاق والتأكد ، والفرض أن الشاهد موثوق به .

وأجاز جماعة من الخلف والسلف القضاء بشهادة النساء متفرقات فى غير الحدود ، والراجح أن ذلك يجوز فيما لا يطلع عليه الرجال غالباً ، بل روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة المرأة الواحدة فى الرضاع ، ويروى عن أبي حنيفة وأصحابه أنهم يقبلون شهادة النساء منفردات فيما لا يطلع عليه الرجال ، كالولادة والبكارة وعيوب النساء ، لأنه لابد من ثبوت هذه الأحكام ، ولا يمكن للرجال الاطلاع عليها ، وقالوا : يقبل فيه شهادة الواحدة ، لأن ما قبل فيه قول النساء على الانفراد لم يشترط فيه العدد ، كما قبلوا شهادة المرأة فى استهلال الصبى ، بالنسبة للصلاة عليه دون الميراث وثبوت النسب عند الإمام أبي حنيفة ، وأثبت الصاحبان ذلك بشهادة المرأة للضرورة[١].

شهادة غير المسلم على المسلم :

أما شهادة غير المسلم على المسلم ، فإنها غير جائزة ، لأن الشهادة ولاية ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم لغير حاجة أو ضرورة ، لأن الله تعالى يقول : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » ، ويقول : « ممن ترضون من الشهداء » ، ويقول : « استشهدوا شهيدين من رجالكم » .

أما عند الحاجة والضرورة فتصح ، ومن ذلك الوصية فى السفر ، يقول الله تعالى : « أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم فى الأرض . قال ابن عباس : من غيركم ، أى من أهل الكتاب ، وهذا موضع ضرورة لأنه فى سفر ولا يجد من يشهده من المسلمين ، وروى عبد الله ابن حنبل جواز شهادة غير المسلم على المسلم فى الميراث أيضاً حال السفر ، وأجاز مالك شهادة الطبيب غير المسلم حيث لايوجد طبيب مسلم .

وما دام القائلون بجواز شهاداتهم على المسلم يعللون ذلك بالضرورة والحاجة ، فإن ذلك يقتضى قبولها فى كل ضرورة حضراً أو سفراً ، ويقول ابن القيم : ولو قيل

---

(١) راجع : القضاء فى الإسلام للدكتور محمد سلام مدكور ، ص ٨٥ و ٨٦

نقبل شهادتهم مع أيمانهم فى كل شىء عدم فيه المسلمون لكان له وجه ويكون بدلا مطلقاً .

والواقع أن مدار الشهادة وقبولها فى الحكم ، كونها صالحة لكشف الحق فى المسألة ، إذا البينة كما يقول ابن القيم : اسم لما يبين الحق ويظهره ، وغير المسلم قد يقوم على خبره شواهد الصدق فينبغى قبوله والعمل به .

بقى أن نتكلم عن شهادة غير المسلمين فيما بينهم وفى هـذا وجدنا ابن تيمية قد أجاز قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض ، وقال إن هذا رواية عن أحمد بن حنبل ، وكذلك أجاز الحنفية شهادة الذمى المستأمن لأنه أعلى حالا من غير المستأمن لقربه إلى الإسلام منه ، ولم يجيزوا شهادة المستأمن على الذمى ، وأما شهادة المستأمنين بعضهم على بعض فقد أجازها الأحناف إذا كانوا من أهل دار واحدة .

والذى نرجحه أن الشهادة مادامت تعتمد الصدق والأمانة فى الشاهد وهذا المعنى قد يتحقق فى كل من المستأمن والذمى ، فينبغى القول بقبول الشهادة بينهم جميعاً ، سواء اختلفت مللهم أو ديارهم أم اتحدت .

الأمور التى ينبغى على الشاهد مراعاتها :

١ — ينبغى على الشاهد أن ينتبه ويتحفظ من الغفلة ، فى الشهادة والمسامحة التى جرت بها العادة ، والتى تؤدى إلى أمور منكرة ، وذلك بالنسبة للشخص أو الأمر المشهود عليه .

٢ — ينبغى للشاهد ألا يشهد فى كتاب مختوم ، لأنه لايدرى ما فيه ، ولعله لايكون فيه شىء أصلا ، أو لعل فيه مالا يحل سماعه من المحظورات ، فإن وثق بصاحبه ، وأمن مما ذكرنا ، ودعته الثقة به إلى الشهادة ، ففى جواز الإقدام على ذلك خلاف . ورجح القاضى إسماعيل الجواز ، والصحيح أنه لايجوز للشهود أن يشهدوا بما فيها إلا أن يكون كل منهم ختم عليها ختماً يعرفه ، فإن كانت عند أحدهم ، ولم يختم عليها إلا هو لم يجز لهم أن يشهدوا بما فيها ، ولا يشهد فيها إلا هو ، لاحتمال الزيادة ، والنقص منها .

وينبغى للشاهد إذا جىء إليه بكتاب ليشهد فيه أن يقرأ جميع مافيه ليعرف الخطأ إن كان فيه من الصواب ، والصحيح من السقيم ، فيعرف ما يشهد عليه ، ولتكن قراءته إياه على المشهود عليه .

وكذلك ينبغي له تجنب الشهادة على النساء اللاتى ليس له بهن خلطة ، لأنه لاتنضبط معرفة المعروفة منهن ، فكيف بالمجهولة ، والتى لا يراها الشاهد فى عمره إلى مرة ؟ ولذلك قال مالك : وتكشف من لا تعرف ، ليشهد على رؤيتها ، ويتثبت فى شخصيتها .

٣ — وينبغي أن يتحفظ من التزوير عليه فى الخط ، فقد هلك بذلك خلق عظيم ، وكذلك ينبغي له أن يتأمل الأسماء التى تنقلب بإصلاح يسير ، فيتحفظ من تغييرها ، نحو مظفر فإنه ينقلب مظهر ، ونحو بكر فإنه ينقلب بكير ، ونحو صقر فإنه يجىء ظفر ، فيكون فى أصل الكتاب (صقر بن ظفر) مثلا فيصلح (ظفر بن مظهر) ؛ ونحو عائشة فإنه يسهل تعديله إلى عاتكة .

وقد يكون آخر السطر بياضاً ، فيمكن أن يزاد فيه شيء ، كما لو كان آخره (بكر) فيزاد فيجعل (بكران) أو يكون (عمر) فيجعل (عمران) .

وكذلك يحذر من أن يتم عليه زيادة حرف فى كتاب ، فقد تغير الألف المعنى إذا زيدت ، مثاله : أن يقر رجل بألف درهم لرجل ، فيكتب فى الوثيقة أقر أن له عنده ألف درهم ، فإن لم يكتب نص المبلغ أمكن زيادة ألف فصارت ألفا درهم ، وكذلك لو كان فى الوثيقة أنه أقر بألف درهم لزيد وعمر ، فإذا زيدت ألف بين زيد وعمر صارت أقر بألف لزيد أو عمر ، فبطل الدين من أصله ، لأن الألف لم يجزم بها لواحد منهما .

وإن شهدت فى كتاب سليم من الآثار ، ثم وجدت فيه أثراً حين الأداء ، فإن كانت مقاصد الكتاب قد سلمت أقمت الشهادة وقلت : خلا مواضع الآثار وهى كذا وكذا موضعاً ، وتقول : إنها كانت سليمة يوم وضع الشهادة ، وإن كان القرض فى موضع يحيل معنى من مقاصد الكتاب ، فلا تشهد أصلا ، وإذاكنت أول من يشهد فى كتاب فانظر آخر حرف من آخر الكتاب ، فاكتب فيما يليه بغير فرجة تتركها بين شهادتك وبين آخر حرف من الكتاب لئلا يغير فى الكتاب شيء ، ويعتذر عنه فى تلك الفرجة ، فإن كانت ضيقة لا تسع الشهادة ، فسدها بعبارة : « حسبنا الله » أو « الحمد لله » وافو ذكر الله تعالى .

وإذا كان آخر السطر من الكتاب قد استوفى آخر السطر ، ولم تبق فرجة فى السطر وكنت أول من يشهد ، فاكتب فى أول سطر يلى الكتابة يمنة الكتاب ، ولا تكتب

يسرته ، فتبقى فرجة ، هى بعض سطر ، فيكتب المستفيد اعتذار عن الحق أو كشط ، أو غير ذلك .

وإذا شهد قبلك شهوداً ، ثم جيء إليك بالكتاب فتأمل شهادة أولهم ، فإن كان بينها وبين آخر حرف من الكتاب فرجة ، يمكن أن يكتب فيها شيء ، فاملأ تلك الفرجة بما يقطع الطريق على المزورين ، ويمكن أن تكتب كلمة (صح صح) حتى تملأ الفرجة .

وينبغي للشاهد إذا شهد فى وثيقة أن يتأمل تاريخ المسطور ، وتاريخ الوقائع ، وينظر فى عدد السنين والشهور والأيام ، وعدد الدراهم ، والدنانير ، فإن منها ما يمكن تغييره بسهولة ، ولقد أجاد من يجعل فى السطور كذا وكذا ديناراً ، نصفها كذا وكذا ، وبعضهم يزيد ، وربعها كذا وكذا .

وعليه أن يحترز من الحبر الذى يمكن محوه بسهولة ، والورق الذى يمكن فيه التلاعب(١) .

٤ — وينبغي أن يفرق القاضى بين الشهود بحيث لا يسمع الشاهد شهادة من سبقه ، ويروى أن علياً أول من فرق بين الشهود .

---

(١) راجع : تبصرة الحكام ، ص ٢٣٢ و٢٣٣ ، ومعين الحكام ، ص ٧٥ و٧٦ ، والحجج القضائية ، ص ٣٢ و٣٣ و٣٤

المبحث الثالث

اليمين والنكول والقسامة

(أولا) اليمين :

اليمين فى اللغة : القوة ، وأطلقت على الحلف ، لأنه يتقوى بها الصدق الذى هو أحد طرفى الخبر ..

وقيل : سمى الحلف يميناً لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم يمينه على يمين صاحبه ، فسمى الحلف يميناً مجازاً(١).

وهى ثلاثة أقسام(٢) : لأنها إما أن تكون لدفع الدعوى ، أو تصحيحها ، أو تتميم الحكم ، ويسمى يمين الاستظهار .

وصورة ذلك أن يدعى رجل على رجل حقاً ، وليس له بينة على ذلك ، فينكر المدعى عليه فتتوجه عليه اليمين على نفى ما ادعى به المدعى ، فهذه هى اليمين الرافعة للدعوى ، فإن حلف برئ وانقطعت الخصومة بينه وبين المدعى عليه فى هذا النزاع فى الحال والاستقبال على الراجح ، لأن الإثبات بالبينة بعد العجز عنها نادر ، وإن نكل حكم عليه بالحق المدعى به ، إلا إذا كان قصاصاً بالنفس .

وإنما جعلت البينة على المدعى لضعف جانبه ، لأنه يدعى خلاف الظاهر ، وجعلت اليمين على المدعى عليه ، لأن معه ظاهر الحال ، فأريد تقوية هذا الظاهر باليمين .

والأصل فى ذلك قضية الحضرمى والكندى ، فإنهما اختصما فى شيء إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال للحضرمى : (ألك بينة ، قال : لا ، قال : فلك يمينه ، فقال الحضرمى : يارسول الله ، الرجل فاجر ولا يبالى على ما حلف عليه ، وليس يتورع من شيء ، فقال عيه الصلاة والسلام : ليس لك منه إلا ذلك)(٣).

---

(١) راجع : المصباح المنير ، ص ٨٥٢

(٢) راجع : السياسة القضائية للشيخ الخضر حسين ، ص ٣٢

(٣) راجع : صحيح مسلم بشرح النووى : ١١/١٠٤ و ١٠٥ و ١٠٦

وقد أخذ الفقهاء بظاهر الأحاديث المروية فى حلف المدعى عليه ، وأبقوها على عمومها ، واشترط الإمام مالك فى تحليف المدعى عليه أن يكون بين المدعى والمدعى عليه مخالطة ، كأن يتبايع المدعى والمدعى عليه مرتين أو ثلاثاً ، أو يكونا شريكين أو متعارضين ، أو أن يكون أحدهما أجيراً لصاحبه أو أجر منه دابته أو داره .

ودليل ذلك مارواه مالك فى الموطأ عن حميد بن عبد الرحمن أنه كان يحضر عمر بن عبد العزيز وهو يقضى بين الناس ، فإذا جاءه الرجل يدعى على الرجل حقاً نظر ، فإن كانت بينهما مخالطة أو ملامسة أحلف الذى ادعى عليه ، وإن لم يكن شىء من ذلك لم يحلفه .

والحلف يكون بالله لا بشىء آخر من طلاق أو عتاق ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت ، فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر)[1] .

والنصرانى يحلف بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى ، واليهودى يحلف بالله الذى أنزل التوراة على موسى ، والمجوسى يحلف بالله الذى خلق النار ، والصابئ يحلف بالله الذى خلق الكواكب .

ولو عرض القاضى اليمين على المدعى عليه فإن أبى يحلف ، ثم قال قبل القضاء أنا أحلف ، يحلفه القاضى ولا يقضى عليه بشىء ، ولو كان قوله هذا بعد القضاء بالنكول لايلتفت إليه ، ولا يبطل قضاء القاضى .

واليمين ليس طريقاً لإثبات الحق ، وإنما يوجهه المدعى إلى المدعى عليه رجاء نكوله فى مجلس القضاء فيقضى له القاضى بالحق ، وينبغى للقاضى أن يخوف المدعى عليه سوء عاقبة الحلف الكذب ، فيحمله ذلك على الإقرار بالحق .

ولذلك فإن الأيمان يهابها المؤمن والفاجر على حد سواء ، أما المؤمن فيهابها بإيمانه وعظمة شأن الله عنده ، فخاف أن يحلف كذباً ، والفاجر يهاب اليمين لما يراه من تعجيل العقوبة من الله تعالى لمن حلف يميناً فاجرة .

ولهذا الشأن صلحت اليمين للهجوم بها على المدعى عليه رجاء أن يقر بالحق المدعى به ، لا فرق فى ذلك بين المؤمن والفاجر .

---

(١) راجع : السياسة القضائية لخضر حسين ، ص ٣٢

(ثانياً) النكول عن اليمين :

النكول : مصدر نكل كقعد ، ومعناه نكص ، أى رجع عن شيء قاله ، أوشهادة أراد أداءها ، أو يمين وجبت عليه ، أو رجع عن عدو قاومه . ونكل عن اليمين : امتنع منها[١].

وهو نوعان : حقيقى وحكمى .

أما الحقيقى : فهو كأن يقول المدعى عليه لا أحلف، فالقاضى يقول له : إنى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات ، فإن حلفت برئت ، وإلا قضيت عليك بالمال، وإنما قدر ذلك بثلاث مرات ليكون أبلغ فى البيان .

ولا يلزم التكرار ، لكن الإمهال وترك الاستعجال أولى .

وأما النكول الحكمى : فهو مثل أن يعرض القاضى اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات ، فيسكت فى كل مرة ولم يجبه، فيجعل ناكلا، وذلك لأنه امتنع عن اليمين المستحقة عليه، وهذا إذا لم تكن بلسانه آفة تمنعه عن الجواب، فإن كانت فى لسانه آفة تمنعه عن الجواب أو بأذنه آفة تمنعه من السماع ، لا يجعل امتناعه عن اليمين نكولا حكماً ، لأنه لم يسمع ، ولم يقدر على الجواب ، فلا يصير ظالماً ، فلا يجعل امتناعه عن اليمين نكولا حكماً .

ولو سأله القاضى عن الدعوى فسكت ولم يجبه ، فالقاضى يأمر المدعى أن يأخذ منه كفيلا ، لإحضاره عند الطلب ويسأله عن حاله : هل به آفة تمنعه من السمع والكلام ، فإن ظهر أنه لا آفة به وأعاده إلى مجلس القضاء وسأله القاضى عن الدعوى فلم يجب ، فالقاضى يعرض عليه اليمين ثلاث مرات ، فإذا استمر سكوته ، فإنه يجعل ناكلا عند الحنفية[٢].

ولما كان النكول فى معنى الإقرار ، فهو حجة قاصرة أيضاً ، ومن حق المدعى أن يقدم بينة على دعواه كما يمكن أن يتعدى الحكم على الغير ، واختلفوا فى الحكم بالنكول على أقوال :

---

(١) المصباح المنير : ١/٧٦٦ و ٧٦٧

(٢) راجع : معين الحكام للطرابلسى ، ص ٩٧

القول الأول : أنه يقضي بمقتضاه ، وهو قول الحنفية ورواية عن أحمد وقول عثمان بن عفان والقاضي شريح ، ودليل هذا ما روى أن عبد الله بن عمر باع عبداً بثمانمائة درهم بالبراءة ، فخاصم المشترى فيه البائع إلى عثمان ، فقال عثمان للبائع — ابن عمر — : احلف بالله لقد بعته ومابه من داء علمته ، فأبى ابن عمر أن يحلف على هذا ، فرد عليه عثمان العبد[1].

القول الثانى : أنه لا يقضى بالنكول ، بل ترد اليمين على المدعى ، فإن حلف قضى له وإلا صرفها ، وهذا مذهب الشافعى ومالك[2] ، وهو مروى عن عمر وعلى وزيد ابن ثابت وأبى بن كعب ، وذلك لما رواه البيهقى عن نافع عن ابن عمر : (أن النبى رد اليمين على طالب الحق)[3] رواه الحاكم فى المستدرك .

القول الثالث : وهو مذهب الظاهرية[4] أن يجبر المدعى عليه على اليمين إذا طلب منه ، ويضرب على ذلك ، ويحبس حتى يحلف ، أو يقر ، ولا يقضى بنكوله ، ولا يرد اليمين على المدعى وقصر أصحاب هذا الرأى ، رد اليمين على ثلاثة مواضع هى : القسامة والوصية فى السفر ، إذا لم يشهد فيها إلا كافر ، وإذا قام المدعى شاهداً واحداً حلف معه ، ودليل هذا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : (بينتك أو يمينه وليس لك إلا ذلك) ، وقد قال ذلك للمدعى ، فصح يقيناً أنه لا يجوز أن يعطى المدعى بدعواه دون بينة ، فبطل بهذا أن يعطى شيئاً بنكول خصمه ، أو بيمين المدعى إذا نكل المدعى عليه لأنه أعطى بمجرد الدعوى وصح أن اليمين تكون بحكم الله على لسان رسوله تكون على المدعى عليه فوجب بذلك أنه لا يعطى المدعى يميناً أصلا .

وقد تضمنت المادة (٤٤) مدنى أن كل من وجهت إليـه اليمين فنكل عنها خسر دعواه ، ويقول الدكتور السنهورى : إن اليمين الحاسمة ، حجة قاصرة على الحالف ولا تتعدى إلا إلى ورثته فقط ، كما أن القانون يفيد أن النكول حجة قاصرة على الناكل .

---

(١) راجع : الطرق الحكمية ، ص ١٧٤ ، ومعين الحكام للطرابلسى ، ص ٩٦

(٢) مغنى المحتاج ، ج ٤ ص ٤٧٧ ، وتبصرة الحكام لابن فرحون ، ج١ ، ص ٢٧٢

(٣) الطرق الحكمية ، ص ١٧٤

(٤) راجع : المحلى لابن حزم ، ج ٩ ، ص ٢٧٣

(ثالثاً) القسامة :

القسامة بالفتح : الأيمان تقسم على أولياء القتيل إذا ادعوا الدم ، يقال : قتل فلان بالقسامة إذا اجتمعت جماعة من أولياء القتيل فادعوا على رجل أنه قتل صاحبهم ومعهم دليل دون البينة ، فحلفوا خمسين يميناً أن المدعى عليه قتل صاحبهم ، فهؤلاء الذين يقسمون على دعواهم يسمون قسامة . وفى لسان الفقهاء اسم للأيمان ولا اختصاص لها بحسب اللغة بأيمان الدماء ، إلا أن الفقهاء استعملوها فيها[1].

وكانت القسامة طريقاً للقضاء بالدية لأولياء الدم ، وقد أقرتها السنة ، لما روى عن زياد بن أبي مريم أنه قال : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله ، إنى وجدت أخى قتيلا فى بنى فلان ، فقال عليه الصلاة والسلام : (اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلا)[2].

وصورتها أن يوجد قتيل فى محلة أو بلدة ولم يعلم قاتله ولابينة ، ويدعى وليه قتله على شخص أو جماعة ، وتوجد قرينة تشعر بذلك ، ويقال له اللوث .

والمقصود باللوث عند الحنابلة : العداوة الظاهرة[3] ، كنحو ما كان بين الأنصار وأهل خيبر ، وكما يكون بين القبائل التى يطلب بعضها بعضاً بثأر فى ظاهر المذهب عندهم .

وعند الحنفية اللوث هو الشاهد العدل على معاينة القتل ، فإذا وجد اللوث وطالب أولياء دمه بالقسامة ، وتوافرت شروطها أجيبوا إلى طلبهم وحلف خمسون من صالحى الحى ، يختارهم أولياء القتيل ، فيحلف كل واحد منهم بأنه لم يقتله[4] ، ولا يعلم له قاتلا فإذا حلفوا ، حكم بالدية على أهل المحلة ، ومن نكل حبس حتى يحلف أو يقر ، وفى قول يجب القصاص ، إذا كانت الدعوى عمداً ، وتوافرت الأركان والشروط ، إلا أن يمنع من ذلك مانع ، وبه قال مالك وعند الشافعى فى مذهبه الجديد : لا قصاص

(١) بتصرف من : القضاء فى الإسلام للدكتور محمد سلام مدكور ، ص ٩٠ ، والمصباح المنير : ٢/٦٠٧

(٢) مختصر سنن أبى داود ، ج ٦ ، ص ٣٢٠

(٣) حاشية الروض المربع : ٧/٢٩٣

(٤) راجع : المبسوط ، ج ٢٦ ، ص ١٠٧ ، والبدائع ، ج ٧ ، ص ٢٨٦

فيها ، وفيها الدية[١] ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم لليهود : (إما أن يدوا صاحبكم ، وإما أن يأذنوا بحرب) وهذه الرواية متفق عليها[٢].

ولأن أيمان المدعين إنما هي لغلبة الظن ، وحكم الظاهر ، فلا يجوز بها إراقة الدم ، لقيام الشبهة المتمكنة فيها .

ولأنها حجة لا يثبت بها النكاح ، فلا يجب القصاص بها[٣].

القضاء بالقسامة فى الأموال :

نقل ابن القيم[٤] عن أصحاب مالك نوعاً آخر فى القسامة وهو القسامة مع اللوث فى الأموال ، ومثاله : أنه يحكم بالعمامة لمن هو مكشوف الرأس وأمامه رجل عليه عمامة ، وبيده أخرى ، وهو هارب ، يطارده الشخص المكشوف الرأس ، فهنا يحكم باللوث الظاهر ، القائم مقام الشاهدين ، وهو أقوى من الشاهدين .

واللوث : علامة ظاهرة لصدق المدعى ، وقد اعتبرها الشارع فى اللقطة ، وفى النسب ، وفى استحقاق السلب ، وإذا ادعى اثنان قتل الكافر أثناء الجهاد ، وكان أثر الدم فى سيف أحدهما أدل منه فى سيف الآخر .

وقال مالك فيمن دخل عليه السرّاق ، فسرقوا متاعه ، وانتهبوا ماله ، وأرادوا قتله ، فنازعهم ، وحاربهم ، ثم ادعى : أنه عرفهم ، أو لم يعرفهم ، أهو مصدق عليهم إذا كانوا معروفين بالسرقة ، مستحلين لها ، أو ترى : أنه يكلف البينة ؟ قال : هو مصدق ، وقد نزلت هذه الحادثة بالمدينة ، فى زمان عمر رضى الله تعالى عنه ، فغرمهم عمر رضى الله تعالى عنه بقول المدعى ونكلهم عقوبة موجعة ، ولم يكلفه البينة[٥].

ومعنى ذلك : أن اللوث بمعنى العلاقة الظاهرة ترجح جانب من تكون إلى جانبه من المتنازعين كما بيناه سابقاً .

---

(١) راجع : مغنى المحتاج : ٤/١١٧

(٢) راجع : نيل الأوطار للشوكانى ، ج ٧ ، ص ١٨٦

(٣) راجع : الحجج القضائية ، ص ١١٢

(٤) راجع : الطرق الحكمية ، ص ١٦٨

(٥) راجع : تبصرة الحكام ، ج ٢ ، ص ٩٢

المبحث الرابع

القضاء بعلم القاضى

للفقهاء فى اعتبار علم القاضى دليلا من أدلة الإثبات مذاهب شتى ، وهى على النحو الآتى :

(أولا) مذهب الحنفية :

يرى الحنفية أن القاضى لا يقضى بعلمه فى الحقوق الخالصة لله تعالى ، كحد الزنا والسرقة وشرب الخمر ، لأن الناس سواء ، ولا يتفاضلون إلا بالتقوى والعمل الصالح ، وكل واحد من آحاد المسلمين يتساوى مع القاضى من حيث الأصل ، ثم غير القاضى إذا علم لا يمكنه إقامة الحد ، فكذلك القاضى ، إلا أن القاضى إذا وجد سكراناً ، أو رجلا به أمارات السكر ، فإنه ينبغى له أن يعزره لأجل التهمة ، ولا يكون ذلك حداً .

أما حقوق العباد ، فالقاضى لا يقضى فيها كذلك إذا علم بشىء منها فى غير محل ولايته أو علمه قبل زمن ولايته ، وعند الصاحبين يقضى به كما فى حال ولايته ومحلها ، وأما الحدود فلا يقضى بعلمه فيها اتفاقاً ، لأنه خصم فيها ، ولأنه حق الله تعالى وهو نائبه ، إلا فى حد القذف ، لما فيه من حق العبد .

أما حقوق العباد التى علمها فى زمن ولايته وفى محل ولايته فيقضى بعلمه فيها ، وكذلك الحقوق المركبة من حقوق الله وحقوق العباد نحو القذف .

فإذا رأى القاضى وهو فى مجلس القضاء أو غيره رجلا يزنى أو يسرق أو يشرب الخمر ثم رفع إليه ، فله أن يقيم الحد عليه ، لأنه تيقن باكتسابه السبب الموجب للحد عليه ، والعلم الذى استفاده بمعاينة السبب فوق العلم الذى يحصل بشهادة الشهود ، لأن ذلك محتمل للصدق أو الكذب . لكن الاستحسان يقضى أن لا يقيم عليه الحد حتى يشهد الشهود عنده بذلك عليه أو يقر هو بموجب الدعوى ، لأن الحدود التى هى من

خالص حق الله تعالى يستوى فيها الإمام مع غيره ، فلو اكتفى بعلمه فى إقامة الحد عليه ربما يتهمه بعض الناس بالجور وإقامة الحد بغير حق ، وهو مأمور بأن يجنب نفسه أن يوصف بالجور ، بخلاف القصاص وحد القذف وغير ذلك من حقوق الناس ، فله أن يقضى فيها بعلمه ، لأن هناك خصماً يطالب به العباد ، وبوجوده تنتفى التهمة عن القاضى ، فكان مصدقاً فيما زعم أنه رأى ذلك(١).

(ثانياً) مذهب المالكية :

ويرى المالكية أن القاضى لا يقضى بعلمه فى المدعى به بحال ، سواء علمه قبل التولية أو بعدها ، فى مجلس قضائه أو غيره ، قبل الشروع فى المحاكمة أو بعد الشروع خلافاً لسحنون المالكى الذى أجاز للقاضى أن يحكم بعلمه بعد الشروع فى المحاكمة .

ولا خلاف فى أن ما رآه القاضى أو سمعه فى غير مجلس قضائه لا يحكم به ، وإن حكم به يكون حكمه منقوضاً إلا فى التعديل لشاهد فيستند لعلمه بعدالته ، ولكن يقبل فيه تجريح من جرح ، لأن التجريح يقدم على التعديل(٢) .

(ثالثاً) مذهب الشافعية :

وأما الشافعية ، فالأظهر عندهم أن القاضى يقضى بعلمه ، ولو علمه قبل ولايته أو فى غير محل ولايته ، وسواء كان فى الواقعة بينة أو لا ، لأنه إذا حكم بما يفيد الظن ، وهو شهادة الشاهدين أو شاهد ويمين ، فقضاؤه بالعلم أولى . فإذا شهد شاهدان بزوجية بين رجل وامرأة وهو يعلم أن بينهما محرمية أو طلاقاً بائناً ، فلا يقضى بالبينة فى ذلك ، لأنه لو قضى بها لكان قاطعاً ببطلان حكمه ، والحكم بالباطل محرم .

وعلى هذا فإن القاضى يقضى بعلمه فى المال قطعاً ، وكذا فى القصاص وحد القذف على الأظهر ، وشرط العز بن عبد السلام كون الحاكم ظاهر التقوى والورع ، وأن يكون مجتهداً .

وقال الربيع : كان الشافعى يرى القضاء بالعلم ولا يبوح به مخافة قضاة السوء : وحكى الماوردى وجهاً : بأنه يحكم بالشهادة المخالفة لعلمه ، أى أنه يحكم بما يعلم خلافه ، لما فى القضاء بالعلم المجرد من التهمة .

---

(١) القضاء فى الكتاب والسنة ، ص ١٣٨

(٢) الطرق الحكمية ، ص ١٩٤ ، والشرح الكبير وحاشية الدسوقى : ٤/١٥٨و١٥٩

أما فى الحدود التى هى لله تعالى : كحد الزنا والسرقة والمحاربة والشرب ، فلا يقضى بعلمه فيها ، لأنها تدرأ بالشبهات ، ويندب سترها ، والتعزيرات المتعلقة بحق الله تعالى كما قاله البلقينى .

أما حقوق الله تعالى المالية فيقضى فيها بعلمه ، كما صرح به الدارمى ، ولو قامت عنده بينة بخلاف علمه امتنع عليه الحكم بشىء منها .

ويستثنى من ذلك ما يلى :

١ — إذا علم القاضى من مكلف أنه أسلم ثم أظهر الردة ، فقد أفتى البلقينى بأن القاضى يقضى عليه بالإسلام بعلمه ، ويترتب عليه أحكامه .

٢ — إذا اعترف شخص فى مجلس الحكم بما يوجب الحد ثم أنكر بعد اعترافه فإنه يقضى عليه بعلمه .

٣ — بالنسبة لجرح الشاهد وتعديله ، فالمشهور عند الشافعية القطع بأن يقضى القاضى فيه بعلمه[١].

أما مراد الشافعية من العلم الذى يقضى به القاضى ، فليس هو اليقين الذى لا يحتمل غيره ، بل المقصود من العلم هو غلبة الظن كما يقتضيه كلام الرافعى ، فمتى تحقق الحاكم طريقاً تسوغ الشهادة للشاهد جاز له الحكم بها ، كمشاهدة الحاكم القرض والإبراء ، أو استصحاب حكمهما ، وكمشاهدة وضع اليد ، والتصرف فى العين مدة طويلة ، بلا معارض ، وكخبرته بباطن الأمر بالنسبة للشخص المعسر ومن لا وارث له ، فيحكم بمقتضى هذا ، ولا يكتفى فى ذلك بمجرد الظنون ، وما يقع فى القلوب ، بلا أسباب لم يشهد الشرع باعتبارها ، وهذا كله فيما علمه بالمشاهدة ، أما علمه بالتواتر فهو أولى ، لأن المنع لأجل التهمة ، فإذا شاع الأمر زالت هذه التهمة .

واختار البلقينى التفصيل بين التواتر الظاهر لكل أحد كوجود مكة ، وبغداد والقاهرة ، فيقضى به قطعاً ، والتواتر المختص بالبعض ، فيتخرج هذا على الخلاف الوارد فى القضاء بعلم القاضى[٢].

---

(١) راجع : مغنى المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٩٨ ، ونهاية المحتاج ، ج ٨ ، ص ٢٥٩ و٢٦٠ ، وحاشية الباجورى ، ج ٢ ، ص ٣١٤ ، وشرح جلال الدين المحلى ، وحاشية قليوبى وعميرة ، ج ٤ ، ص ٣٠٤

(٢) راجع : مغنى المحتاج ، ج ٤ ص ٣٨٩ ، ونهاية المحتاج ، ج ٨ ، ص ٢٥٩

(رابعاً) مذهب الحنابلة :

وأما الحنابلة فظاهر مذهبهم أن الحاكم لا يحكم بعلمه فى حد ولا غيره ، لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها ، وهذا قول شريح والشعبى ومالك وإسحاق وأبى عبيد ، وهو أحد قولين عند الشافعية .

وعند أحمد رواية أخرى : أنه يجوز له ذلك ، وهو قول أبى ثور .

(خامساً) مذهب الظاهرية :

ويرى ابن حزم الظاهرى أنه يجب على الحاكم أن يقضى بعلمه فى الدماء والأموال والقصاص والفروج والحدود ، سواء أعلم ذلك قبل ولايته أم بعدها .

(سادساً) مذهب عمر بن عبد العزيز :

ونسب إلى عمر بن عبد العزيز أنه لا يجوز للقاضى أن يقضى بعلمه فى الزنا فقط ، وهذا معناه أنه يجوز له القضاء بعلمه فيما سواه مطلقاً .

هذه خلاصة ما ورد فى المذاهب الفقهية فى حكم قضاء القاضى بعلمه ، وبقى بعد ذلك أن نذكر أدلة المانعين والمجوزين ، مع بيان الرأى الراجح فى هذه المسألة .

أدلة المانعين :

استدل المانعون بما أخرجه مسلم عن ابن عباس فى قصة الملاعنة : أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمتها)(١) ، فهذا النص بظاهره يفيد أنه صلى الله عليه وسلم علم بوقوع الزنا منها ، لكنه لم يرجمها حيث لم تقم البينة على زناها ، وهو يدل على عدم جواز القضاء بالعلم ، لأنه صلى الله عليه وسلم لم يقض على الملاعنة بما علمه .

وصح عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه قال : (لو رأيت رجلا على حد من حدود الله تعالى لم آخذه حتى يكون معى شاهد غيرى) . والصديق كان حاكماً عاماً ، والرؤية التى وردت فى كلامه هى أقوى طريق للعلم ، وقد صرح بأنه لو رأى مرتكباً لحد من الحدود ، فإنه يمتنع عن أخذه حتى يكون معه شاهد ، وهذا معناه أنه لا يقضى على هذا بعلمه المستند إلى الرؤية .

(١) بدائع المنن فى ترتيب مسند الشافعى والسنن ، ج ٢ ، ص ٣٩٣

وروى عن طريق الضحاك أن عمر اختصم إليه فيمن يعرفه ، فقال للطالب : (إن شئت شهدت ولم أقض ، وإن شئت قضيت ولم أشهد) ، فقد خيره بين أن يشهد له ليقضى غيره أو يقضى له بشهادة غيره ، وهذا معناه أنه لا يجوز للقاضى أو الحاكم أن يكون شاهداً وقاضياً فى خصومة ، وصح عن الشعبى أنه قال : لا أكون قاضياً وشاهداً .

أدلة المجوزين :

واستدل المجوزون بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم ... »[1] ، وليس من القسط أن يعلم الحاكم أن أحد الخصمين مظلوم والآخر ظالم ، ويترك كلا منهما على حاله كما قال ابن القيم . وبقوله صلى الله عليه وسلم : (بينتك أو يمينه)[2]. ومن البينة التى لا أبين منها ، علم الحاكم بالمحق من المبطل .

وأيضاً احتجوا بقول النبى صلى الله عليه وسلم : (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه)[3] .. وإذا رأى الحاكم وحده عدوان رجل على رجل وغصبه ماله أو سمع طلاقه لامرأته ثم تمت المنازعة أمامه على ذلك ، ولم تكن بينة ، فإنه إذا لم يقض بعلمه يكون قد أقر المنكر .

كما احتجوا بما ورد فى الصحيحين[4] من قصة هند بنت عتبة لما اشتكت زوجها أبا سفيان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فحكم لها عليه بأن تأخذ كفايتها وكفاية بنيها ، ولم يسألها البينة ، ولا أحضر الزوج ، ولكن هذه الواقعة لا تصلح دليلا ، لأن ما حدث كان على سبيل الفتيا لا القضاء ، فإنها لم تسأله الحكم ، وإنما سألته : هل يجوز لها أن تأخذ ما يكفيها ويكفى بنيها ؟ فهو استفتاء محض ، ويرشح كونه من باب الفتوى ما جاء فى رواية مسلم عن هشام بن عروة عن عائشة قالت : دخلت هند بنت

---

(١) سورة النساء ، الآية ١٣٥ .
(٢) البخارى ، كتاب الأيمان : ص ١٧ ، وأحمد بن حنبل ، ج ٤ ، ص ٢١٧
(٣) رياض الصالحين ، ص ١٠٣
(٤) راجع : نيل الأوطار للإمام الشوكانى ، باب المرأة تنفق من مال زوجها بغير علمه إذا منعها الكفاية : ٦/٣٦٢ و٣٦٣

عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه ، فهل عليّ في ذلك من جناح ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك) ، فقد جاءت مستفتية بدليل أنها أخذت قبل عرضها الأمر على الرسول ، فأرادت أن تعرف حكم الشرع فيما صنعت ، هل هو حرام ؟ فتمتنع عنه بعد ذلك ، أو غير حرام فتأخذ كفايتها وكفاية أولادها بعد ذلك ، فأفتاها صلى الله عليه وسلم بالحل ، وأذن لها بالأخذ في المستقبل[1].

وأما استدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم : (بينتك أو يمينه) فقد رده ابن القيم بقوله : وهذا إلى أن يكون حجة عليهم أقرب من أن يكون حجة لهم ، فإنه قال : (بينتك) والبينة اسم لما يبين الحق بحيث يظهر المحق من المبطل ، ويبين ذلك للناس ، وعلم الحاكم ليس بينة .

وأما حديث : (من رأى منكم منكراً فليغيره ...) فهو كما قال ابن القيم مأمور بتغيير ما يعلم الناس أنه منكر بحيث لا يتطرق إليه تهمة في تغييره ، وأما إذا عمد إلى رجل مع زوجته لم يشهد أحد أنه طلقها ألبتة ولا سمع بذلك أحد قط ففرق بينهما وزعم القاضي أنه طلقها ، فإنه ينسب ظاهراً إلى تغيير المعروف بالمنكر ، وتطرق الناس إلى اتهامه والوقوع في عرضه .

وهل يسوغ للحاكم أن يأتي إلى رجل مستور بين الناس غير مشهور بفاحشة وليس عليه شاهد واحد بها ، فيرجمه ويقول : رأيته يزني ؟ أو يقتله ويقول : سمعته يسب؟ أو يفرق بين الزوجين ويقول : سمعته يطلق ؟ وهل هذا إلا محض افتراء ؟ ولو فتح هذا الباب — ولا سيما لقضاة هذا الزمان — لوجد كل قاض له عدو السبيل إلى قتله أو رجمه أو تفسيقه أو التفريق بينه وبين زوجته ، ولا سيما إذا كانت العداوة خفية ولا يمكن للعدو إثباتها .

ومن ذلك ما جاء عن كتاب تاريخ قضاة مصر للكندي من أنه حدث أن توفى رجل بمصر وترك مالا جزيلا ، وترك بنتاً طفلة وجارية هي أم للطفلة ، ثم ماتت الطفلة وانتقلت التركة إلى أمها ، فخطبها قاضي القضاة طمعاً في ثروتها ، فلم تجبه إلى

(١) راجع : القضاء في الكتاب والسنة ، ص ١٥٠

ذلك ،فوجه أربعة من شهوده وكتب عليها محضراً بأنها سفيهة ، ووضع يده على التركة ، فهربت منه إلى دار الوزير وطرحت نفسها على جواريه ، فأنهين حالها إليه ، ثم أحضرت إليه فعرفته ما جرى عليها ، فأمرها بوضع محضر لها فيه شاهدان ، وأتته به ، فأمر بإحضار قاضي القضاة وأجرى عليه المكروه قولا وفعلا وعاقبه أشد العقاب على ما فعل ، وقبض على شهوده الأربعة وأجرى عليهم المكروه ، وخلع على الشاهدين اللذين شهدا لها ، وأخرج للمرأة مالها وأطلق سبيلها .

وهذا يدل على أن الاحتياط واجب لئلا تترك مهام الناس إلى مثل هذا القاضي.

وأما استدلالهم بالآية الكريمة ، فهو غير مسلم ، لأنها فى غير محل النزاع لأنها نزلت فى شأن الشهود والشهادة ، وقد فسرها ابن عباس بذلك فقال : « كونوا قوامين بالقسط » أى بالحق فى الشهادة على من كانت ولمن كانت من قريب أو بعيد . والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال .

والحق أن الاحتياط واجب ، بل هو أعظم مطالب الشريعة العادلة الحكيمة ، فلا نسلم للقاضي ما يقضي به ولا نقره عليه إلا أن يبين لنا أسباباً مقنعة وحججاً واضحة استند فى قضائه عليها يزيل بها التهمة عن نفسه ، وبدون ذلك لاتوجد الطمأنينة فى نفس أحد .

ولأمر ما وجب أن تكون جلسات القضاء علنية ، ووجب بيان الأسباب التى يبنى عليها القاضي حكمه ، فهذا هو الاحتياط الواجب ، والتساهل فيه من أكبر الجرائم .

وأما من أجاز القضاء بعلم القاضي فقد بنى حكمه على حسن الثقة بالقضاء ، لكن ذلك قد لا يطرد ، ولهذا عدل المتأخرون من الفقهاء عن هذا إلى الفتوى بخلافه ، وعللوا ذلك بفساد الزمان فى جميع الدعاوى والصور(١).

والعمل الآن على ذلك يقول الدكتور السنهوري : ولا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه ، لأن علمه يكون دليلا فيحق للخصوم مناقشته ،وهذا لا يجوز ، ثم قال : ولكن هذا لا يمنع أن يستعين به فيما هو معروف بين الناس ولا يكون علمه خاصاً(٢).

---

(١) راجع : نيل الأوطار للشوكاني ، ج ٨ ، ص ٧٨٧ ، والمغنى لابن قدامة ، ج ٩ ، ص ٥٣ ، وحاشية الدسوقي ، ج ٤ ، ص ١٥٨

(٢) راجع : الوسيط للدكتور السنهوري ، ج ٢ ، ص ٢٣ ، والموسوعة الجنائية ، ج ١ ، ص ٢٦٠

المبحث الخامس
القضاء بالقرينة

القرينة فى اللغة كما جاء فى لسان العرب : مأخوذة من المصاحبة ، فتقول : فلان قرين لفلان ، أى مصاحب له[١] . وفى اصطلاح الفقهاء : الأمارة الدالة على حصول أمر من الأمور أو عدم حصوله .

وهذا التعريف غير جامع ، والشرط فى التعريف أن يكون جامعاً مانعاً ، فقد ورد فيه لفظ الأمارة وهى تدل على الشىء على سبيل الظن ، فلا تشمل ما تدل عليه على سبيل الشك أو الوهم ، مع أن القرينة قد تكون دلالتها على سبيل الشك أو الوهم .

وعرفها بعض المعاصرين بقوله : القرينة (ماتدل على أمر خفى مصاحب لها بواسطة نص أو اجتهاد ، أو فهم يفيضه الله تعالى على من يشاء من عباده) .

وهذا التعريف هو الذى نرتضيه .

والقرينة على درجات متفاوتة ، فقد تكون قوية تصل إلى درجة القطع ، وقد تكون ضعيفة لا تفيد إلا الاحتمال المجرد ، فلا تقوم معه حجة .

وترجع القرينة فى الأصل إلى ما رزق الله الإنسان من ذكاء وفطنة يتمكن بهما من معرفة خفايا الأمور ، وعدم الوقوف عند الظواهر المجردة[٢] . وهذا فى غير القرائن التى نص الشرع عليها فى القرآن أو السنة ، أو استنبطها علماء الشريعة باجتهادهم .

أركان القرينـــة :

القرينة لها ركنان تتكون منهما :

الركن الأول : واقعة تظهر للقاضى ، تثبت عنده من الوقائع التى لها اتصال بالدعوى ، وتسمى دلائل أو أمارات ، وهى الركن المادى للقرينة .

---

(١) راجع : لسان العرب لابن منظور ، ج ٣ ، ص ٣٣٦

(٢) راجع : طرق القضاء للمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ، ص ٥٢ ، والمدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقا : ٩١٧/٢ ، ومحاضرات فى علم القضاء والقرائن للدكتور عبد العال عطوة ، ص ٢٨ و ٢٩

فإذا عرضت على القاضى قضية ، ولم يجد فيها دليلا مباشراً يظهر به الحق لصاحبه ، فإن له أن يستنتج من الأمر العام والظروف والملابسات أية واقعة يستند إليها فى حكمه ، بشرط أن يقتنع بأنها صالحة لإثبات الحق المتنازع عليه بين الطرفين : المدعى ، والمدعى عليه .

الركن الثانى : عملية اجتهاد ليستنبط من هذه الواقعة الثابتة ما يوصله إلى الحق فى الأمر المتنازع عليه ، وهذا هو الركن المعنوى للقرينة ، وهو يحتاج إلى ذكاء ودقة ملاحظة ، فإن ظواهر الأمور قد تخدع الإنسان بالنظرة العابرة ، فيتوهم أن هذه المسألة تؤدى إلى إثبات الحق ، ولكن عند إمعان النظر يتبين له عدم صلاحيتها[١].

ولكن هل القرينة تعتبر من الأدلة الشرعية ؟

جمهور الفقهاء يعتبر القرينة دليلا شرعياً يؤخذ به فى إثبات الحقوق ، وقد أشار القرآن إلى جواز العمل بالقرائن والأمارات الدالة على الحق ، ففى القرآن قوله عز وجل : « إن كان قميصه قدّ من قبل فصدقت وهو من الكاذبين »[٢]، فإن الله تعالى ، اعتبر موضع قد القميص دليلا على صدق أحد المتنازعين ، وهذا دليل على أن القرآن اعتبر هذه البينة ولم ينكرها .

والله تبارك وتعالى يقول : « إن فى ذلك لآيات للمتوسمين »[٣]، وقال : « وألقى فى الأرض رواسى أن تميد بكم وأنهاراً وسبلا لعلكم تهتدون * وعلامات وبالنجم هم يهتدون »[٤] . وهاتان الآيتان صريحتان فى اعتبار العلامات من الأدلة التى توصل إلى العلم بالحق .

وفى السنة النبوية الشريفة مايدل على اعتبار القرينة من الأدلة المثبتة للحقوق ، ومنها ما أخرجه البخارى وأبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتبر العلامة فى الملاعنة فى قصة هلال بن أمية وزوجته حيث قال : (انظروها ، فإن جاءت به على نعت كذا وكذا فهو لهلال بن أمية ، وإن جاءت به على نعت كذا وكذا فهو للذى رميت به ،

---

(١) راجع : الوسيط للدكتور السنهورى ، ج ٢ ، ص ٣٢٨
(٢) سورة يوسف ، الآية ٢٦ (٣) سورة الحجر ، الآية ٧٥
(٤) سورة النحل ، الآيتان ١٥ و١٦

فلما وضعته قال : لولا ما سبق من كتاب الله لكان لى ولها شأن)[١] ، ثم أخبر عليه الصلاة والسلام أنه للذى رميت به ، استدلالا بقرينة المشابهة فى الأوصاف، وهذا عمل بالقرينة فى موضع له خطره .

والأخذ بالقرائن ليس خاصاً بشريعتنا ، بل إنه أمر قرره الشارع فيما سبق من الشرائع ، وذلك فى قصة تحاكم المرأتين إلى داود عليه السلام ، فقد كان لكل منهما ولد ، فافترس الذئب ولد إحداهما ، وادعت كل واحدة أن الذئب أكل ولد الأخرى وأن الولد الباقى ابنها ، ولم توجد شهادة على الدعوى من إحداهما ، فقال داود عليه السلام إيتونى بسكين أشقه بينكما ، فرضيت الكبرى بما قال ، وقالت الأخرى : يرحمك الله ، لا تفعل ، هو ابنها ، فقضى لها بالولد مستدلا على ذلك بعدم رضاها على شقه على أنه ولدها ، وأما اعترافها بأن الولد للأخرى فهو راجع إلى شفقتها عليه ، ففضلت أن يكون لمن ادعته على أن يصاب بسوء ، وبنى حكمه على هذه القرينة ، وقدمها على إقرارها بأنه لغيرها ، لاقتناعه بأنه إقرار غير مطابق للواقع ، لأن الحامل لها على الإقرار للأخرى ما وضع الله فى قلبها من الرحمة والشفقة التى وضعها الله فى قلب الأم .

وهذا معناه أن بعض القرائن قد يدل على الإثبات بما يفوق الثبوت بالشهادات أو الإقرار كما فى هذه الواقعة ، لكن ذلك ليس معناه الاعتماد على أى قرينة تدعى ، بل يجب إمعان النظر وتقليب الأمر على الوجوه المحتملة حتى يصل إلى الاقتناع والتثبت فكثيراً ما تظهر قرينة فى بادى الرأى ويظن أنها كافية ، ثم يظهر أنها غير مقنعة ، وبعيدة عن القطع بما هو حق .

القرينة فى دعوى المال :

وقد ثبت شرعاً اعتبار القرينة فى دعوى المال ، فقد حكم الأئمة والخلفاء بقطع اليد إذا وجد المسروق مع المتهم ، لأن وجود المال قرينة أقوى من البينة والإقرار ، لأن كلا من البينة والإقرار خبر يتطرق إليهما الصدق والكذب ، ووجود المال عند المتهم نص صريح لا يطرق إليه شبهة .

---

(١) راجع : صحيح البخارى بهامش فتح البارى ، ج ٨ ، ص ٣١٤ ، وسنن أبى داود ، ج ١ ، ص ٥٢٣

وأمر الرسول صلى الله عليه وسلم الملتقط أن يدفع اللقطة إلى من يصفها ويعرف عفاصها ووعاءها ووكاءها ، والعفاص هو الوعاء الذى تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة ، والوكاء الحبل الدقيق الذى يربط به فم القربة . فهذه الأوصاف جعلها الرسول صلى الله عليه وسلم قائمة مقام البينة ، بل إن الوصف أظهر وأصدق من البينة المعهودة .

وفرع الإمام أحمد على هذا الحكم فى كنز دفين فى الدار المؤجرة إذا ادعاه المالك المؤجر والمستأجر معاً ، فقال : من وصفه منهما فهو له ، واعتبر ذلك من كمال فقهه .

القرينة فى دعوى الدماء :

وثبت اعتبار القرينة فى الدماء ، كما إذا ظهر إنسان فى دار ومعه سكين فى يده وهو ملوث بالدماء سريع الحركة عليه أثر الخوف ، فدخلوا الدار فى ذلك الوقت على الفور ، فوجدوا فيها إنساناً مذبوحاً لذلك الحين وهو يتشحط فى دمه ولم يكن معه فى الدار غير ذلك الرجل الذى وجد بتلك الصفة وهو خارج من الدار . فهل يشك أحد أن هذا هو القاتل ؟ لاسيما إذا عرف بعداوته . ولهذا قال جمهور العلماء : يجوز لولى القتيل أن يحلف خمسين يميناً ، وهى قصة القسامة فى دعواه أن هذا الرجل قتله ، فقال مالك : يقتل به ، وعند الشافعى يقضى عليه بالدية[١] .

القرينة فى دعوى الزنا :

فإذا وجدنا امرأة وبها حمل وليس لها زوج ، قال مالك : يجوز الاعتماد على الحمل فى إثبات الزنا ، فالمرأة الحامل التى لا زوج لها يقام عليها الحد ، أو كان لها زوج لا يولد لمثله كالصبى ، وقد حكم عمر رضى الله عنه فى حضرة الصحابة وموافقتهم له برجم امرأة ظهر بها حمل ولا زوج لها ولا سيد .

ويسقط عنها الحد فى حالات الشبهة ، مثل ادعائها الزوجية وإحضارها البينة للشهادة على ذلك إذا كانت من أهل البلد ، فإن كانت غريبة قبلت شبهة ادعائها الزوج ، ويسقط الحد ولو لم تحضر شهوداً .

---

(١) راجع : القضاء فى الكتاب والسنة ، دراسة مقارنة ، ص ٨٩ وما بعدها .

وإذا ادعت الإكراه قبل تحولها إذا أقامت الدليل على صدقها بأحد الأمور الآتية :

١ – إذا حضرت ودمها يسيل من فرجها ، وتقول : أكرهني على ذلك فلان .

٢ – أن تحضر فى حالة استغاثة متعلقة بالمدعى عليه .

٣ – أن تدعى أنها وطئت بين فخذيها ودخل الماء فرجها من غير إيلاج .

فهذه شبهة يمكن حصولها فتدرأ الحد ، أما إسقاطه باحتمال الشبهة فلا يقبل لأنه يؤدى إلى انعدام قيام الحد ، لأن كل من وجد بها حمل تستطيع ادعاء الشبهة وتتخذه وسيلة إلى إسقاطه .

والدليل على أن الحمل قرينة تثبت الجناية ما رواه ابن عباس أن عمر رضى الله عنه قال على المنبر : إن الله بعث محمداً بالحق وأنزل عليه الكتاب ، فكان مما أنزل الله آية الرجم ، فقرأناها وعقلناها ووعيناها ، ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده ، فأخشى إن طال بالناس زمان أن يقول قائل : والله ما نجد آية الرجم فى كتاب الله ، فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله ، فالرجم فى كتاب الله حق على من زنا إذا أحصن من الرجال والنساء إذا قامت البينة أو كان الحمل أو الاعتراف(١) .

وقد سمى الإمام على رضى الله عنه الحمل زنا علانية ، وأخبر بأن الإمام أول من يرمى به .

والإجماع منعقد على قيام الحد بالحمل إن وجد بسبب الزنا ، ، لأن الولد يولد من وطء إما مباح أو محرم .

وهناك أمور أخرى كثيرة حكم فيها بالقرينة ، نذكر منها :

القضاء بالنكول ، فإنه فى حقيقته ما هو إلا رجوع إلى القرينة الظاهرة ، وذلك أنه لولا صدق المدعى لدفع المدعى عليه دعواه باليمين ، فلما نكل كان نكوله قرينة ظاهرة دالة على صدق المدعى ، وكثير من القرائن والأمارات أقوى من النكول ، والحس شاهد بذلك ، فكيف يسوغ تعطيل القرائن مع أن الشارع اعتبرها ورتب عليها الأحكام ؟

---

(١) مختصر سنن أبى داود ، ج ٦ ، ص ٢٤٣ ، وراجع : المغنى لابن قدامة : ٨/١٥٩ و١٦٠

ولهذا أجمع العلماء على أن الرجل إذا زفت إليه امرأة جازله قربانها ، وإن لم يعرف عينها ولم يشهد عليها شاهدان أنها زوجته اعتماداً على القرينة الظاهرة وهى أنها زفت إليه ليلة الزواج ، وهو معروف ومعهود من عادة الناس وندرة الكذب .

ومنها سكوت البكر ، فقد اعتبره العلماء رضا بالزواج ، والسكوت مجرد دلالة على رضاها ، والشهود فى جريمة القتل العمد والعدوان يشهدون على أن الجانى قتل المقتول عمداً وعدواناً ، والعمد هو القصد فى القلب لايعلمه إلا الله ، ومع ذلك فإن الشهادة مقبولة اعتماداً على القرينة الظاهرة من استخدام آلة تقتل غالباً .

ومنها الحكم فى القسامة على المتهم بالقصاص أو الدية ، والحال أن الأولياء لم يشاهدوا القتل ، بل اعتمدوا على اللوث ، وهو قرينة تدل على أنه قتل المقتول ، كالشهادة بأن القتيل قال : قتلنى فلان ، أو وجود عداوة بين أهل البلد أو أهل المقتول .

مدى العمل بالقرينة فى القضاء :

أما فى مجال العمل بالقرينة فى القضاء فقد ترك الرأى للقاضى فى الأخذ بقرينة تنور الدعوى ، وكل ما يدخل الطمأنينة على النفس ، فإن الحكم جائز اعتماداً عليه ، على أن تكون من الأمور القوية التى لها ارتباط بالدعوى كواقعة من الوقائع المتصلة بالدعوى ، مما يترجح به جانب أحد المتنازعين ، وذلك يرجع إلى فطنة القاضى ودقته فى الملاحظة ، مثل معرفة أحوال الناس والعرف ، وأن يكون خبيراً بطرق التحايل التى يسلكها الخصوم .

على أن القاضى وقد أعطاه الفقهاء هذه الثقة مسئول عن حكمه بالقرينة وحده .

تقسيمات القرينة :

تنقسم القرينة إلى أقسام باعتبارات مختلفة :

فهى تنقسم باعتبار الجهة الصادرة منها إلى قرائن قانونية وقرائن قضائية .

أما القرائن القانونية فهى التى نص عليها القانون نصاً صريحاً ، وهى من استنباط المشرع نفسه ، وهى منثورة فى صورة مواد ، وليس للقاضى أن يتصرف فيها ولو اعتقد عدم صحة تطبيقها على الحادثة الجزئية التى ينظر فيها ، وذلك لأنها تقررت بنص القانون .

والقاضى لا يقول فى حكمه إنه حكم بناء على قرينة هى كذا ، بل يقول : إنه حكم بناء على المادة كذا ، ويكفى التمسك بالمادة التى تشتمل على القرينة لمن كانت له القرينة وفى مصلحته .

وقد ذكر رجال القانون أن القرينة أضعف الأدلة ، وليس هذا بصحيح فى كل القرائن ، فذلك حقيقى بالنسبة إلى القرائن القضائية ، لأنها من استنتاج القاضى نفسه ، أما القرائن القانونية ، فإنها بعد أن اعتبرت أساساً للتشريع القانونى أصبحت قانوناً يتحتم على القاضى الذى ينظر الدعوى المشتملة على هذا النوع من القرائن أن يعمل بها فى جميع الجزيئات التى تدخل تحت قاعدتها الكلية ولا يعنيه البحث فيما وراء ذلك .

أقسام القرائن القانونية :

القرائن القانونية تنقسم إلى قرائن قانونية قاطعة ، وقرائن قانونية غير قاطعة .

أما القرائن القانونية القاطعة فهى الأمارات التى بلغت حد اليقين ، فتوجد فى نفس الإنسان علماً بمحل النزاع يماثل العلم الحاصل من المشاهدة والعيان وذلك بالنظر المحسوس[1].

والقرينة القاطعة ، إما أن تكون من شأنها أن تبطل عقداً اتقاء لمخالفته لأحكام القانون كبيع المريض مرض الموت للوارث له فلا ينفذ إلا إذا أجازه الورثة الباقون بعد من باع له ، وكذلك بيع المريض لغير الوارث فذلك يبطل فيما يزيد عن الثلث من كل المال المملوك للبائع .

أو يكون الغرض من القرينة القاطعة المنع من سماع الدعوى ، وذلك مثل قوة الشىء المحكوم به ، وقرينة الملك المستفادة من مضى المدة ، وقرينة التخلص المستفاد من مضى المدة المسقطة لسماع الدعوى .

والقرائن غير القاطعة هى التى لم يصل العلم بواسطتها إلى العلم اليقينى ، وذلك كبيع المريض مرض الموت إذا أقر له الوارث بأن البيع حقيقى فينفذ البيع ولكن يجوز إثبات ما يخالفه بأحد الطرق من استجواب الخصم للحصول على إقراره أو بتوجيه اليمين الحاسمة إليه .

---

(١) المادة (١٧٤١) من مجلة الأحكام العدلية .

والقرائن الشرعية هى القرائن الثابتة من قبل الشارع : إما بالنص عليها أو باستنباط المجتهدين لها باجتهادهم ، وهذه القرائن مبثوثة فى الكتب الفقهية ، ومن أمثلة القرائن الشرعية ، النكاح الصحيح المستلزم شرعاً إثبات نسب الولد المولود الذى يولد فى هذه الزوجية القائمة بين الزوج وزوجه ، والزوج هو الأب وهو صاحب الفراش .

وعلى هذا يكون قيام الزوجية قرينة قاطعة على أن الولد من الزوج ، لامن غيره ، وثبت ذلك فى منطوق الحديث : (الولد للفراش) . أما النسب للأم فيبنى على المشاهدة .

ومع هذا فإن الشارع قد يمكن الرجل المتزوج من نفى نسب المولود إليه باللعان ، وهذه الأيمان الصادرة منه على انتفاء نسب الولد وارتكاب الزوجة للجريمة القبيحة .

أهمية القرائن الشرعية :

وترجع أهمية القرائن الشرعية إلى ثبوت النسب وانتفائه ، فإذا تزوجت امرأة وهى فى عدة زوج سابق أو زوجية قائمة بينها وبين رجل تزوجها وزوجها الجديد غير الزوج الأصلى الذى بقيت على ذمته أو فى عدتها منه ، وعلى فراشه شرعاً ، أو لم تتزوج ولكن وطئها رجل بشبهة فولدت ولداً تحت هذه الظروف التى سبق ذكرها ، فلمن ينتسب هذا الولد ؟ يكون ثبوت نسب الولد من أحدهما ينبنى على قرائن معتبرة شرعاً .

والنزاع بين الزوجين فى متاع البيت ، ولا بينة لأحدهما ، فالمرجع فيه إلى القرينة الظاهرة .

وقد اعتبر تحليل الدم بين الولد ومن هو أبوه ومقارنة دم أحدهما بالآخر اتحاداً أو اختلافاً فى ثبوت النسب أو انتفائه ، فمثلا لو ثبتت من تحليل دم الزوجين أن دمهما من فصيلة (A) وثبت من تحليل دم الطفل أن دمه من فصيلة (B) فإن هذا يعد قرينة تفيد أن الطفل ليس ابناً لهذين الزوجين ، وذلك لأنه كما قال العلماء التجريبيون : تتأثر فصيلة دم الطفل بنوع فصيلة دم الأب والأم . وقالوا : من المستحيل العادى إذا كانت فصيلة الدم لكل من الزوجين (A) أن تكون فصيلة دم الطفل من هذا الزواج (B) وإنما فصيلة الدم التى من المحتمل أن تكون لهذا الطفل هى (D) [١] أو (A) ، وعلى هذا

---

(١) انظر : الوراثة والإنسان للدكتور الربيعى ، ص ٧٨ و٧٩ ، مطابع الرسالة بالكويت نقلا عن القضاء فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد رأفت عثمان ، ص ١٦٠

فيمكن أن يكون تحليل الدم وسيلة لنفى النسب ، لكن لا يكون تحليل الدم وسيلة لإثبات النسب ، وهذا بناء على ما أكده الأطباء والمعمليون المعاصرون .

ويرى بعض العلماء المعاصرين أن البصمة تفيد اليقين ، فيعتمد عليها أكثر من الاعتماد على الشهود ، لأن شهادة الشهود تفيد غلبة الظن بما شهدوا به ، وأما البصمة فدلالتها يقينية لاتكذب[1] ، غير أنه يمكن أن يقال : إن الشهود يحكون ماحدث أمامهم ، فغالب الظن أنهم عدول وأن ما يشهدون به حدث . أما البصمة فلا تفيد إلا مجرد وجود صاحبها فى مكان البصمة ، ولا تفيد يقيناً بحدوث الواقعة محل التهمة من صاحب البصمة ، لأن وجوده فى مكان الجريمة لا يستلزم أن يكون هو الذى ارتكبها ، فقد يكون حضر إلى هذا المكان لأمر آخر غير ارتكاب هذه الجريمة ، وقد يكون وجوده فى مكان الجريمة قبل وقوعها أو بعد وقوعها .

وممن قال بحجية القرينة بعض الحنفية كالزيلعى والطرابلسى ، وبعض المالكية كابن فرحون والمازرى ، وبعض فقهاء الشافعية كالعز بن عبد السلام وابن أبى الدم ، وبعض فقهاء الحنابلة كابن القيم[2].

واستدلوا على ذلك بقول الله تبارك وتعالى : « وجاءوا على قميصه بدم كذب ، قال بل سولت لكم أنفسكم أمراً فصبر جميل ، والله المستعان على ما تصفون »[3] ، فقد أخبر سبحانه وتعالى أن أخوة يوسف أرادوا أن يجعلوا الدم علامة على صدقهم فى ادعائهم أن يوسف أكله الذئب ، لكن والدهم يعقوب عليه الصلاة والسلام أدرك كذبهم بعلامة أخرى وهى سلامة قميص يوسف من التخريق ، إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس قميصه ويسلم القميص فلا يتخرق أو يتمزق .. وقد اتفق

(١) انظر القرينة ودورها فى الإثبات فى الفقه الجنائى الإسلامى للدكتور أنور دبور ، ص ٢٠٨ ، والقضاء فى الفقه الإسلامى ، ص ٣٦٢

(٢) راجع : تبيين الحقائق للزيلعى : ٢٢٩/٣ ، ومعين الحكام للطرابلسى ، ص ١٦١ ، وتبصرة الحكام لابن فرحون : ١١٣/٢ ، وقواعدالأحكام للعز بن عبد السلام : ١١٥/٢ — ١٢٠ ، وأدب القضاء لابن أبى الدم : ١٨٧/١ ، والطرق الحكمية ، ص ٩ ، ومقارنة المذاهب فى الفقه للشيخين محمود شلتوت ومحمد على السايس ، ص ١٣٧

(٣) سورة يوسف ، الآية ١٨

العلماء على أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا كان قد سيق بطريق يفيد استحسانه وعدم إنكاره، فهو فى هذه الحالة يصبح من باب التقريرات ، والآية التى معنا من هذا القبيل[١].

وبما ثبت من السنة الشريفة من أنه صلى الله عليه وسلم حكم بثبوت النسب بالقافة وليس فيها إلا مجرد الأمارات والعلامات ، وجعل سكوت البكر قرينة على رضاها بالزواج فى قوله صلى الله عليه وسلم : « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر فى نفسها وإذنها صماتها »[٢] ، وهذا من أقوى الأدلة على الحكم بالقرائن[٣].

وأيضاً فى غزوة بدر أن ابنى عفراء تداعيا قتل أبى جهل ، فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل مسحتما سيفيكما ؟ فقالا : لا ، فقال : أريانى سيفيكما ، فلما نظر إليهما قال : هذا قتله ، وقضى له بسلبه ، أى الأشياء التى كانت مع القتيل من السلاح ، أو الآلات أو الثياب أو النقود أو الخيل وغير ذلك، وذلك اعتماداً على الأثر الموجود فى السيف ، فدل هذا العمل من الرسول صلى الله عليه وسلم على اعتبار القرائن فى وسائل الإثبات .

وقال فريق من الفقهاء : إن القرينة لا تصلح وسيلة من وسائل الإثبات ، وبه قال بعض الحنفية منهم الجصاص وصاحب تكملة رد المحتار وبعض منهم القرافى[٤] . واستدلوا على ذلك بما رواه ابن ماجه عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة ، فقد ظهر منها الريبة فى منطقها ، وهيئتها ومن يدخل عليها)[٥] ، فالرسول عليه الصلاة والسلام لم يقم عقوبة الزنا على المرأة التى ظهرت عليها قرائن تفيد وقوع الزنا منها ، فدل هذا على عدم الحكم بالقرائن .

---

(١) من طرق الإثبات فى الشريعة وفى القانون للدكتور عبد المنعم النمر ، ص ٧٦

(٢) بدائع المنن ، ج ٢ ، ص ٣٢١

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون : ١١٣/٢ وما بعدها .

(٤) أحكام القرآن للجصاص : ١٧١/٣ ، والفروق للقرافى مع أدرار الشروق على أنواء الفروق لقاسم بن عبد الله الأنصارى : ٦٥/٤ ، ١١٠ ، والقرائن ودورها فى الإثبات للدكتور أنور محمود دبور ، ص ٢٨ و٢٩

(٥) نيل الأوطار : ٣٠٥/٨ ، شركة الطباعة الفنية المتحدة .

وأجيب عن هذا الدليل بأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يقم عقوبة الزنا على المرأة لضعف القرائن والأمارات التى ظهرت منها ، فهى ليست قوية الدلالة كالحمل مثلا حتى يحكم عليها بحد الزنا ، وضعف القرائن يدرأ الحدود ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات كما هو القاعدة الشرعية الثابتة(١).

واستدلوا أيضاً : بأن القرائن ليست مضطردة فى دلالاتها وغير منضبطة ، لأنها تختلف قوة وضعفاً ، فلا تصلح لبناء الحكم عليها، على أن القرائن قد تبدو قوية ثم يعتريها الضعف(٢).

وهذا الاستدلال لا يمنع أن تكون القرائن وسيلة من وسائل الإثبات ، لأنه يشترط أن تكون القرائن قوية لا يشك فى قوتها ولا يمترى فى دلالتها ، ومن السهل على الحكام وغيرهم أن يصلوا إليها ويقفوا علىحقيقتها ، ومن هذا النوع قرائن تبلغ درجة من القوة بحيث تفوق فى دلالتها الشهادة وغيرها من طرق الإثبات الأخرى ، وذلك كما لو ادعى على رجل أنه ارتكب جريمة الزنا ، فبان أنه خصى ، أو ادعى على امرأة أنها ارتكبت جريمة الزنا فتبين أنها بكر .

والقول بأن القرائن قد تبدو قوية ثم يعتريها الضعف فلا يلتفت إليه ، لأن ما يعترى القرائن من احتمال الضعف قد يعترى غيرها من وسائل الإثبات ، فقد يقر إنسان بالسرقة ثم نتبين بعد ذلك أن إقراره لم يكن اختياراً ، وإنما كان تحت تأثير التعذيب ولم يكن سارقاً فى الواقع ، أو يكون الإقرار قد حدث بدون إكراه ، لكنه كان لسبب آخر دفعه إلى هذا الإقرار الكاذب ، وقد يبدو للقاضى أن الشهود صادقون فى شهادتهم ، ثم يتبين بعد ذلك أنهم شهود زور .

فإذا كانت وسائل الإثبات يتوجه إليها هذا الضعف المحتمل ولا يكون ذلك قادحاً فى صلاحيتها للإثبات، فكذلك القرائن ، ولا معنى لتوجيه هذا للقرائن بخصوصها .

وأيضاً فإن العبرة فى هذا حين القضاء ، فإذا ظهر وقت القضاء إفادة وسيلة من وسائل الإثبات الغرض المقصود وجب على القاضى أن يقضى بها ، وليس مطلوباً من

---

(١) محاضرات فى علم القاضى – القرائن وغيرها لأستاذنا الدكتور عبد العال عطوة، ص٤٢

(٢) مقارنة المذاهب للشيخين محمود شلتوت والسايس ، ص ١٤٠ ، والقضاء فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد رأفت عثمان ، ص ٢٦١

القاضى أن ينظر إلى ما يمكن أن يطرأ فى المستقبل ، والقرائن وسيلة مثل سائر الوسائل فى هذا المعنى(١) ، وهذا هو الراجح .

ومما يرجح القول ، باعتبار القرائن والأخذ بها أن الذين قالوا بعدم الأخذ بالقرينة قد خالفوا مذهبهم فأوجبوا على القاضى أن يقضى بنكول المدعى عليه عن اليمين ، مع أن القضاء بالنكول عن اليمين ليس إلا عملا بالقرينة الظاهرة عندهم التى دلت على كذب الناكل عن اليمين ، وقدموا العمل بهذه القرينة على أصل براءة الذمة .

وسئل أحد الفقهاء المانعين للأخذ بالقرينة عن مسألة فبنى حكمه فيها على القرينة ، فقد سئل عن رجل تلقى بيتاً عن والده ، وتصرف فيه كما كان يتصرف أبوه من غير منازع ولا مدافع مدة تنيف على الخمسين سنة ، ثم برز جماعة يدعون أن البيت لجدهم الأعلى ، فهل تقبل دعواهم مع اطلاعهم على التصرف المذكور واطلاع آبائهم ، وعدم قيام مانع يمنعهم من الدعوى ؟ فأجاب قائلا : لا تسمع هذه الدعوى ، لأن شاهد الحال لهم ، هذا مع ما فى سماعها من فتح باب التزوير والتلبيس ، وهنا نجد أن هذا الفقيه قد أفتى بعدم السماع بناء على القرينة .

ولكن لا يعمل بالقرائن فى الحدود على القول الراجح ، لما روى عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة) رواه الترمذى(٢) . والقرائن مبنية على الشبهة ، فدل هذا على عدم اعتبار القرائن فى الحدود ، وأيضاً : فإن إقامة الحد إضرار بمن لا يجوز الإضرار به ، وهو قبيح من الناحية العقلية والشرعية ، فلا يجوز منه إلا ما أجازه الشارع كالحدود والقصاص وما أشبه ذلك بعد حصول اليقين ، لأن مجرد الحدس والتهمة والشك مظنة للخطأ والغلط ، وما كان كذلك فلا يستباح به تأثيم المسلم وإضراره بلا خلاف(٣) ، وفى ذلك ، يغلب على الظن عدم العمل بالقرائن فى الحدود لأنها تدرأ بالشبهات .

---

(١) محاضرات فى علم القاضى ، ص٤٣ (٢) نيل الأوطار : ١١٨/٧
(٣) نيل الأوطار : ١١٧/٧

الوسيلة الثامنة من وسائل الاثبات
القيــافة

معنى القيافة :

القيافة مصدر مشتق من القفو ، وهو إتباع الأثر ، ومنه قوله تعالى : « ثم قفينا على آثارهم برسلنا » ، والجمع قافه ، يقال : فلان يقوف الأثر ويقتافه قيافة ، أى يتتبع الآثار ويعرفها ، ويعرف شبه الرجل بأخيه . وكانت العرب فيها من يقتاف الأثر ، وفيها من يقتاف النسب .

وعلى هذا فإن القيافة فى اللغة تطلق ويراد بها أحد أمرين :

الأول : تتبع آثار الأقدام والحوافر والأخفاف، والاستدلال بها على الفار من الناس أو الضال من الحيوان .

الثانى : خبرة الإنسان وفراسته فى إلحاق الولد بأبيه الحقيقى بما بينهما من شبه قوى فى الخلقة والأعضاء والهيئة وسائر الأحوال ، ويتم ذلك عند التنازع فى نسب الولد[1].

وفى الشرع : إلحاق النسب بوالد عند الاشتباه . والقائف : من يفعل ذلك بما خصه الله تعالى من علم فى ذلك[2] .

وبالنظر فى المعنى اللغوى والشرعى نجد أن المعنى اللغوى أعم من المعنى الشرعى حيث هو فى الأول يشمل تتبع آثار الأقدام ومعرفة أصحابها، كما يشمل إلحاق الرجل بأخيه والولد بأبيه ، أما فى الثانى فقد قصره فقهاء الشريعة على مجال إثبات النسب .

---

(١) انظر : بلوغ الأرب فى معرفة أحوال العرب للألوسى : ٣/٢٦١ ، والنهاية فى غريب الحديث والأثر ، مادة قوف : ٣/٢٨٤ ، ومختار الصحاح ، ص ٥٤٧

(٢) مغنى المحتاج : ٤/٤٨٨ ، طبعة مصطفى البابى الحلبى ١٣٧٧ هـ ، والمغنى لابن قدامة تحقيق دكتور محمد خليل هراس : ٥/٧٦٩ ، المطبعة السلفية .

ومن البديهى ألا نثق فى قدرة شخص على هـذا إلا بعـد اختباره مرات عـديدة حتى نتأكد من صلاحيته للقيام بهذه المهمة ، وكانت العرب تحكم بالقيافة ، وتفخر بها ، وتعدها من أشرف علومها .

القيافة بين الجاهلية والإسلام :

كانت القيافة معروفة عند العرب ، بل هى علم له أصوله وقواعده التى يمكن تلقيها وتعلمها . وقد ساعدهم على ذلك طبيعة بلادهم الرملية ، ووسائل مواصلاتهم التى كانت محصورة فى الركاب[١] ، وبما أودع الله فيهم من فراسة وقوة نظر ، حتى أن بعضهم كان يفرق بين أثر قدم الشاب والشيخ ، والبكر والثيب .

وقد كانت العرب فى الجاهلية تحكم بالقيافة وتعدها من وسائل الإثبات ، فقد ورث بعض التجار من أبيه مملوكاً أسود شيخاً ، قال : فكنت فى بعض أسفارى راكباً على بعير والمملوك يقود ، فاجتاز بنا رجل من بنى مدلج ، فأمعن فينا نظره ثم قال : ما أشبه الراكب بالقائد . قال : فرجعت إلى أمى فأخبرتها بذلك ، فقالت : نعم إن زوجى كان شيخاً كبيراً ذا مال ، ولم يكن له ولد ، فزوجنى بهذا المملوك فولدتك ، ثم فكنى واستلحقتك ، فثبت نسبه من المملوك[٢].

فلما جاء الإسلام أقر العمل بها وجعل حكم القائف بها حكماً شرعياً . والأصل فى ذلك ما رواه الشيخان عن عائشة رضى الله عنها قالت : دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وهو مسرور ، فقال : يا عائشة ، ألم ترى أن مجززاً المدلجى[٣] دخل فرأى أسامة وزيداً و عليهما قطيفة قد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما ، فقال : (إن هذه الأقدام بعضها من بعض) .

وإنما سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك ، لأن الكفار كانوا يقدحون فى نسب أسامة بن زيد بن حارثة ، لكون أسامة أسود شديد السواد ، وكان أبوه زيد

---

(١) الركاب : الإبل التى يسار عليها ، ولا واحد لها من لفظها . انظر : مختار الصحاح ، ص ٢٥٤

(٢) مغنى المحتاج : ٤/٧٦٩

(٣) صحابى معروف لقب بمجزز لأنه كان فى الجاهلية إذا أسر أسيراً جز ناصيته وأطلقه ، والمدلجى : نسبة إلى بنى مدلج بن مرة بن عبد مناف بن كنانة . راجع : الإصابة فى معرفة الصحابة : ٣/٣٤٥ ، وسبل السلام : ٤/١٣٦

ابن حارثة أبيض اللون ، فشق ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم لمكانة زيد منه ، فلما قال مجزز ذلك سر به رسول الله صلى الله عليه وسلم[١].

ولا غرو فى ذلك ، فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم متبنياً زيداً قبل أن يحرمه الله تبارك وتعالى بقوله : « وما جعل أدعياءكم أبناءكم »[٢]. فلما قال مجزز المدلجى ذلك — وهو لا يرى إلا أقدامهما فقط — سر ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم . وهذا إقرار منه صلى الله عليه وسلم بأن القيافة حق ، فإن التقرير أحد أنواع السنة ، ذلك أن السنة هى أقوال النبى وأفعاله وتقريراته .. وهو صلى الله عليه وسلم لا يقر على خطأ ، ولا يسر إلا بالحق . فدل ذلك على أن القيافة طريق إلى معرفة الأنساب[٣].

وروى مالك عن سليمان بن يسار أن رجلين أتيا عمر بن الخطاب رضى الله عنه كلاهما يدعى ولد امرأة ، فدعا قائفاً ، فنظر إليه القائف فقال : لقد اشتركا فيه ، فضربه عمر بالدرة ، ثم دعا المرأة ، فقال : أخبرينى خبرك ، فقالت : كان — لأحد الرجلين — يأتيها فى إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن أنه قد استمر بها حمل ، ثم ينصرف عنها ، فأهريقت عليه دماً ، ثم خلف عليها هذا — تعنى الرجل الآخر — فلا أدرى من أيهما هو ؟ فكبر القائف ، فقال عمر للغلام : فإلى أيهما شئت فانتسب ، فقضاء عمر بمحضر الصحابة بالقيافة من غير إنكار من أحد يكون كالإجماع تقوى به أدلة القيافة . قال العلماء : والعمل بالقيافة مروى عن ابن عباس وأنس بن مالك ،ولا مخالف لهما من الصحابة[٤] .

وقد يقال : وما حاجتنا إلى القيافة والطب الآن قادر على تحديد فصائل الدم ومكوناتها ومعرفة مصدرها ، فيمكن بذلك تحديد أبى الطفل وثبوت نسبه ؟

وللرد على ذلك نقول : إن تحديد فصائل الدم ومعرفة مصدرها لا تثبت النسب بصفة قاطعة ، ولكنها تنفيه بصفة قاطعة ، بمعنى أن فصائل الدم لا تثبت أن هذا الولد

---

(١) الفروق للقرافى، الفرق الخامس والعشرين بعد المائتين : ٤/١٠٠
(٢) سورة الأحزاب ، الآية ٤ (٣) سبل السلام : ١٣٧/٣
(٤) راجع : سبل السلام : ٤ / ١٣٧

ابن ذلك الرجل بيقين ، ولكنها تثبت أن هذا الولد ليس ابن ذلك الرجل بيقين[١].
والحاجة هنا إلى الإثبات لا إلى النفى ، ولما كانت القيافة طريقاً من طرق الإثبات وجب العمل بها عند انعدام وسائل الثبوت الأساسية :

موقف الفقهاء من إثبات النسب بطريق القيافة :

اختلف الفقهاء فى ذلك على مذهبين :

فذهب مالك والشافعى وأحمد إلى أن القيافة حجة فى إثبات النسب[٢] ، وخالف أبو حنيفة وأصحابه ، والهادوية إحدى فرق الزيدية وقالوا : لا اعتبار بقول القائف[٣].

أدلة القائلين بثبوت النسب بالقيافة :

استدل هؤلاء بالسنة والإجماع والمعقول :

أما السنة فنها : ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : سأل عويمر العجلانى كما فى أكثر الروايات ، فقال : يا رسول الله ، أرأيت أن لو وجد أحدنا امرأته على فاحشة كيف يصنع ؟ إن تكلم تكلم بأمر عظيم ، وإن سكت سكت على مثل ذلك ، فلم يجبه ، فلما كان بعد ذلك أتاه فقال : إن الذى سألتك عنه قد ابتليت به ، فأنزل الله الآيات فى سورة النور وهى قوله تعالى : « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين * والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين * ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين * والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين »[٤] فتلاعن

---

(١) انظر : الطب الشرعى والبوليس الفنى الجنائى ليحيى شريف ، ومحمد عبد العزيز سيف النصر ، ومحمد عدلى شالى ، ص ١٩٠ طبع مكتبة القاهرة ١٩٥٨ م نقلا عن نظرية القيافة بين الفراش والبينة ، بحث فقهى مقارن للدكتور على محمد محمد رمضان ، منشور فى مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية ، العدد السادس ، ص ٢٩٥ ، ١٤١٠ هـ - ١٩٨٩ م .

(٢) الشرح الكبير : ٤١٦/٣ ، طبع عيسى الحلبى ، والفروق : ٩٩/٤ . ونهاية المحتاج : ٤٥٩/٥ ، وكشاف القناع : ٢٦٥/٤

(٣) الهداية : ١٧٣/٢ ، والبحر الزخار : ٢٧٩/٤

(٤) سورة النور ، الآيات ٦ - ٩

ووعظه وذكره ، وأخبره أن عذاب الدنيا أهون من عقاب الآخرة ، قال : لا ، والذى بعثك بالحق ما كذبت عليها ، ثم دعاها فوعظها كذلك . قالت : لا ، والذى بعثك بالحق إنه لكاذب ، فبدأ بالرجل فشهد أربع شهادات بالله ، ثم ثنى بالمرأة ، ثم فرق بينهما[1] . وفى رواية أنس رضى الله عنه أن المرأة كانت حاملا ، فقال صلى الله عليه وسلم : أبصروها ، فإن جاءت به أبيض سبطاً[2] فهو لزوجها ، وإن جاءت به أكحل[3] جعداً[4] فهو للذى رماها به ، فجاءت به على النعت المكروه[5].

وهذا صريح فى أن الرسول صلى الله عليه وسلم حكم بالولد للذى أشبهه منهما، وكان المقتضى إلحاق الولد بالزوج إن جاءت به على صفته لأنه للفراش ، لكنه بين صلى الله عليه وسلم المانع من الحكم بالقيافة نفياً وإثباتاً بقوله فى بعض روايات الحديث لولا الأيمان لكان لى ولها شأن ، وما هذا منه عليه الصلاة والسلام إلا لصحة العمل بالقيافة .

وأما الإجماع فهو ثابت بما روى عن عمر وابن عمر رضى الله عنهما وابن عباس وأنس بن مالك ، ولا مخالف لهم من الصحابة من غير إنكار من أحد منهم ، فكان إجماعاً تقوى به أدلة القيافة[6].

وأما المعقول فقالوا فيه : إن الحكم بالقيافة يقرر على ظن غالب ، ورأى راجح ممن هو أهل الخبرة، فيشرع ، كقول المقومين فى المتلفات، وخرص[7] الثمار فى الزكاة ، وتحرى القبلة فى الصلاة ، وغير ذلك من الأحكام مما يعتمد على ظن غالب ، ورأى راجح[8].

---

(١) انظر : صحيح مسلم بشرح النووى : ٣٤/١٠

(٢) السبط : بفتح السين وكسر الباء : هو الكامل الخلق من الرجال .

(٣) الأكحل : هو الذى منابت أجفانه كلها سود كأن فيها كحلا وهى خلقة .

(٤) الجعد : من الرجال : القصير .   (٥) سبل السلام : ١٩٠/٤ ، ١٩٣

(٦) راجع : سبل السلام للصنعانى : ١٣٧/٤

(٧) الخرص : هو التقدير الجزافى ، يقال : خرصت النخل خرصاً : حزرت ثمره ، ومعناه : قدرت ثمره — المصباح ، ص ٢٠٠

(٨) المغنى لابن قدامة : ٥ ـ ٧٦٨

أدلة المانعين لثبوت النسب بالقيافة :

استدل أصحاب هذا المذهب بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب : فمنه قوله تعالى : « ولا تقف ما ليس لك به علم »[١] أى ولا تتبع الحدس والظنون ، وبما أن الحكم بالقيافة تعويل على مجرد الشبه والظن والتخمين ، فإنه لا يصح إثبات النسب بها[٢].

وهذا الاستدلال غير مسلم به ، لأن المراد بالعلم فى الآية هو الاعتقاد (الراجح المستفاد من سند ، سواء أكان قاطعاً أم ظناً) ، ولا شك أن الحكم بالقيافة ليس ظناً بحتاً ، ولا تخميناً قطعاً ، بل الحكم بها بنى على قواعد وأصول تلقاها القائف وتعلمها ، بل إن الآية قد تضمنت الحكم بالقيافة ، لأنه سبحانه وتعالى لما قال : « ولا تقف ما ليس لك به علم » دل على جواز ما لنا به علم ، فكل ما علمه الإنسان أو غلب على ظنه جاز أن يحكم به ، وبهذا ثبت جواز القرعة والخرص ، لأنه ضرب من غلبة الظن :: فالقائف يلحق الولد بأبيه من طريق الشبه بينهما ، كما يلحق الفقيه الفرع بالأصل من طريق الشبه .

وأما السنة : فمنها ما رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رجلا اسمه ضمضم بن قتادة أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله ، ولد لى غلام أسود ، فقال : هل لك من إبل ؟ قال : نعم ، قال : ما ألوانها ؟ قال : حمر ، قال : هل فيها من أورق[٣] ؟ قال : نعم إن فيها أورق ، قال : فأنى لها ذلك ؟ قال : عسى أن يكون نزعه عرق ، قال : وهذا عسى أن يكون نزعه عرق[٤] . فقد حكم النبى صلى الله عليه وسلم بأن الولد للفراش ، ولم يجعل خلاف الشبه واللون دلالة يجب الحكم بها ، وضرب المثل بما يوجد من اختلاف الألوان فى الإبل ولقاحها واحد ، وإذا كان الشبه هو أساس العمل بالقيافة فلا تكون معتبرة شرعاً .

---

(١) سورة الإسراء ، الآية ٣٦ (٢) راجع : المغنى لابن قدامة : ٧٦٧/٥

(٣) الجمل الأورق : الذى يكون لونه كله الرماد ، وقيل : يطلق على كل شىء فى لونه بياض إلى سواد . مختار الصحاح ، ص ٧١٧

(٤) انظر : صحيح البخارى بحاشية السندى : ٢٧٨/٣ ، وسبل السلام : ١٩٦/٣

وهذا الاستدلال مردود عليه بأمرين :

الأول : أن النبي صلى الله عليه وسلم ترك العمل بالشبه ، لأن الفراش أقوى وترك العمل بالبينة لمعارضة ما هو أقوى منه لا يوجب الإعراض عنه إذا خلت عن المعارض ، لكن ما دام الفراش عارض الشبه عمل بالأقوى وهو الفراش[١].

الأمر الثاني : أن الحكم بالقيافة ليست اعتبار شبه كيفما كان ، أو مناسبة كيف كانت ، بل المعتبر شبه خاص ، ولذلك ألحقوا أسامة مع شدة سواده بأبيه مع شدة بياضه . وما دام اللون شرطاً في القيافة فلا يدل إلغاؤه على إلغاء القيافة[٢].

وأما المعقول : فاستدلوا به على منع ثبوت النسب بالقيافة فقالوا :

١ — إن العمل بالقيافة تعويل على مجرد الشبه ، والشبه قد يقع بين الأجانب الذين لا تربطهم صلة القرابة ، وقد ينتفي الشبه بين الأقارب .

وأجيب عن ذلك بأن الشارع متشوف إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها ، ولهذا فإنه يكتفي في ثبوتها بأدنى الأسباب من شهادة المرأة الواحدة على الولادة ، والدعوى المجردة مع الإمكان ، وظاهر الفراش ، فلا يستبعد أن يكون الشبه الخالي عن سبب مقاوم له كافياً في ثبوته .

وأما قولهم بأن الشبه قد يقع بين الأجانب ، وقد ينتفي بين الأقارب ، فهو أمر مسلم به ، لكن الظاهر الأكثر وقوعاً خلاف ذلك ، وهو الذي أجرى الله تبارك وتعالى العادة به ، وجواز التخلف عن الدليل والعلامة الظاهرة في النادر لا يخرجه عن أن يكون دليلا عند عدم معارضة ما يقاومه .

ألا ترى أن الفراش دليل على النسب والولادة ، وأن فلاناً هو ابن فلان ، ومع هذا يجوز تخلف دلالته، فقد يحصل كثيراً تخليق الولد من غير ماء صاحب الفراش، وهو الزوج ، ولا يبطل ذلك كون الفراش دليلا .

٢ — أن خلق الولد مغيب عنا فجاز أن يخلق من رجلين نص عليه بقراط في كتاب سماه (الحمل على الحمل)[٣] .

---

(١) انظر : المغنى : ٥/٧٦٨ (٢) انظر : الفروق للقرافى : ٤/١٠٢

(٣) الفروق للقرافى : ٤/١٠٢

وهذا غير مسلم به ، لأن خلق الولد من رجلين خلاف العادة المضطردة ، وظواهر النصوص المتقدمة تأباه ، والشرع إنما يبنى أحكامه على الغالب ، وبقراط تكلم عن النادر فلا تعارض :

كما أن ماء المرأة إذا اجتمع وانعقد منه الولد حصلت عليه غشاوة تمنع من اختلاط ماء الثانى بماء الأول ، وبذلك نقل إجماع الأطباء(١) .

٣ — **أن القيافة** لو كانت علماً لأمكن اكتسابه كسائر العلوم والصنائع ، **ولما** كانت القيافة غير ذلك لايمكن أن نعتمد عليها .

والجواب على ذلك أن القيافة قوة فى النفس ، وقوى النفس وخواصها لايمكن اكتسابها ، كالعين التى يصاب بها ، فتدخل الجمل القدر ، والرجل القبر ، وغير ذلك مما دل الوجود عليه من الخواص ومع كون القيافة قوة فى النفس وخاصية فيها ، إلا أن العرب قد وصفوا لها القواعد والأحوال التى يمكن تعلمها وتلقيها ، فصح أن القيافة علم صحيح يجب القضاء به فى الأنساب والآثار(٢).

ومن هذا يتضح رجحان القول بصحة ثبوت النسب بالقيافة بما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وبعض صحابته ، ولامجال للرأى مع وجود النص القاطع فى ثبوته وفى دلالته ، وهذا ما يميل إليه القلب وتطمئن به النفس .

شروط العمل بالقيافة :

لكى تكون القيافة حجة فى إثبات النسب فلابد من شروط يجب توافرها فى مدعى النسب ، وشروط يجب توافرها فى محل القيافة وهو الولد ، وشروط يجب توافرها فى القائف المثبت للنسب .

(أولا) ما يشترط فى مدعى النسب :

أما مدعى النسب فيشترط فيه شرطان :

الشرط الأول — الإسلام :

فإن انفرد بالدعوى مسلم لحق نسبه به بغير خلاف بين أهل العلم إذا أمكن أن يكون منه الآن الإقرار بالنسب محض نفع للطفل ، ولا مضرة على غيره فيه فيقبل كما

---

(١) المرجع السابق ، ومغنى المحتاج : ٤/٤٨٩

(٢) راجع : المحلى لابن حزم : ١٠/١٤٩

لو أقر له بمال ، فإن كان الولد فى يد المقر بقى فى يده ، وإن كان فى يد غيره فله أن ينتزعه ممن هو فى يده ، لأنه قد ثبت أنه أبوه فيكون أحق بولده كما لو قامت به بينة[1].

وإن انفرد بالدعوى رجل ذمى لحق به الولد نسباً لاديناً ، وهذا هو الراجح فى الفقه ، لأن إقرار الذمى به إقرار بنسب مجهول يمكن أن يكون منه ، وليس فى إقراره إضرار بغيره ، فيثبت إقراره كالمسلم ، إلا أنه لا يتبعه فى الدين ، ولا حق له فى حضانته لأن مجهول النسب محكوم بإسلامه ، فلا يقبل قول الذمى فى كفره كما لو كان معروف النسب ، كما أن اتباعه فى الدين إضرار بالولد فلا يقبل قوله فيه ، لأنه أعظم الضرر والخزى فى الدنيا والآخرة ، فالإسلام يعلو ولا يعلى عليه[2].

الشرط الثانى — الحرية :

فإن كان المدعى له عبد فلا يلحق به فى قول للشافعى ، لأن النسب لا يخلف ، وعند عامة الفقهاء لا يشترط أن يكون المدعى حراً ، فإن ادعاه عبد لحق به ، لأن ماء العبد له حرمة كحرمة المسلم فيلحق به ، غير أنه لا تثبت له حضانة ، لأنه مشغول بخدمة سيده ، ولا يجب عليه نفقته لأنه لامال له ، ولاعلى سيده ، لأن الطفل محكوم بحريته ، فتكون نفقته من بيت المال[3].

ماسبق بيانه فيما إذا كان المدعى له واحداً ، فإن ادعاه اثنان فصاعداً فيندرج تحت هذه المسألة عدة صور .

الأولى : أن يدعيه مسلم وكافر ، فالمسلم أولى من الكافر عند أبى حنيفة رعاية لمصلحة الولد ، كما لو تنازعوا فى الحضانة[4] ، وعند الشافعية والحنابلة أنه إذا تنازعوا فى الدعوى تساووا كالأحرار والمسلمين ، وما ذكروه من الضرر لا يتحقق ، فإننا لانحكم بكفره ، ولا يشبه النسب الحضانة ، بدليل أننا نقدم الأولى فى الحضانة ، فالموسر أولى من الفقير ، والحضرى أولى من غيره ، ولا نقدمها فى دعوى النسب[5].

---

(١) المغنى والشرح الكبير : ٥/٧٦٣

(٢) مغنى المحتاج : ٤/٤٩٠ ، والمغنى : ٥/٧٦٣

(٣) مغنى المحتاج : ٤/٤٩٠ (٤) الهداية شرح البداية : ٢/١٧٤

(٥) تحفة المحتاج : ٦/٣٦٣ ، والمغنى لابن قدامة : ٥/٧٦٦

الثانية : إذا ادعاه اثنان ولم يكن لأحدهما بينة ، أو تعارضت البينتان دعينا له القافة فأبصروه معهما أو مع عصبتهما عند فقدهما فنلحقه بمن ألحقته به منهما ؟

(ثانياً) ما يشترط فى محل القيافة :

أما محل القيافة وهو الولد فيشترط لصحة العمل فيه أربعة شروط :

الشرط الأول : أن يكون الولد مجهول النسب ، فإن كان معلوم النسب ألحق بأبيه المعلوم ، ولا محل للقيافة فى الإثبات ، فالولد للفراش ، سواء كان الولد صغيراً أو كبيراً ، لأن أسامة بن زيد ألحق بأبيه وكان كبيراً[(١)].

الشرط الثانى : أن يكون الولد بحيث يمكن معرفته والنظر إليه ، سواء كان لقيطاً أو لا ، وسواء كان حياً أو ميتاً ، مادام لم يتغير أو يدفن ، وكذا لوكان مغمى عليه أو نائماً أو سكراناً بسكر يعذر فيه كما قال البلقينى ، فإن كان غير معذور فيه لم يعرض على القافة ، لأنه بمنزلة الصاحى[(٢)].

الشرط الثالث : أن يأتى الولد من ماء محترم لرجلين بطريق الاشتباه ، ثم تلد بعد ذلك ولداً لا يعرف من أى الماءين هو ، فيدعى له القافة لإلحاقه بأى منهما[(٣)].

الشرط الرابع : أن القيافة تعتمد على أب حى لم يدفن ، فإن مات مدعيه عرض على القائف مع أبيه أو أخيه ونحوه من سائر العصبات .

(ثالثاً) ما يشترط فى القائف :

أما القائف فإنه يشترط فيه عدة شروط وهى :

١ ــ أن يكون القائف مسلماً ، فإن كان كافراً فلا يقبل قوله فى النسب ، لأن القيافة فيها معنى الشهادة ، والإسلام يعلو ولا يعلى عليه[(٤)].

٢ ــ أن يكون عدلا ، فإن كان فاسقاً فلا يقبل قوله ، لأن القائف حاكم أو قاسم ، والعدالة شرط فى كل منهما[(٥)].

---

(١) انظر : مغنى المحتاج : ٤٨٨/٤

(٢) انظر : أسنى المطالب : ٤٣٣/٤ ، ونهاية المحتاج : ٣٥٢/٨

(٣) المرجع السابق . (٤) راجع : المغنى ٧٦٩/٥

(٥) كشاف القناع : ٢٦٦/٤

٣ — أن يكون بصيراً ، فلا اعتبار بقول الأعمى ، لأن القيافة تعتمد على الشبه ، ولا تتحقق منه إلا بالبصر .

٤ — أن يكون القائف ناطقاً ، لأن القائف بمنزلة الحاكم ، ولا سبيل إلى معرفة حكمه إلا بالنطق ، ومن ثم فلا تعتبر إشارة الأخرس أو معتقل اللسان ولو كانت مفهومة .

٥ — انتفاء ولاء القائف عمن يلحقه به ، وانتفاء عداوته عمن ينفيه عنه ، لأن القيافة بمنزلة القضاء ، فالتهمة تمنع منه .

٦ — أن يكون القائف ذا تجربة فى معرفة النسب ، لأن القائف بمنزلة القاضى ، وإذا كان الرجل لايولى منصب القضاء إلا بعد أن نعرف علمه بالأحكام ، فكذلك لا يؤخذ بقول شخص فى إثبات النسب إلا إذا ثبت علمه فى معرفة النسب بطريق الاختبار والتجربة ، يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لاحكيم إلا ذو تجربة) والتجربة تتحقق بأن يعرض عليه الولد فى نسوة ليس فيهن أمه ، ثم مرة ثانية ، ثم مرة ثالثة فى نسوة فيهن أمه ، فإن أصاب فى الشكل فهو مجرب[١] وليس عن مجرد صدفة واتفاق .

وهذه الشروط التى ذكرناها متفق عليها عند من قال بالقيافة[٢].

٧ — أن يكون القائف ذكراً عند الحنابلة ، والأصح من مذهب الشافعية ، لأن القائف كالقاضى ، والقضاء لايصح لغير الذكور ، فكذلك القيافة . وعند بعض الشافعية لاتشترط الذكورة فى القائف ، لأن القيافة بمنزلة الإفتاء ، والمفتى لا تشترط فيه الذكورة ، فكما أن الإفتاء يجوز من الرجل والمرأة ، فكذلك القيافة[٣].

٨ — أن يكون القائف حراً قياساً على القاضى ، والثانى لا تشترط الحرية فى القائف قياساً على المفتى ، فإن الإفتاء كما يجوز من الحر يجوز أيضاً ممن به رق فكذلك القيافة وهذا الرأى الأخير هو الأرجح .

---

(١) مغنى المحتاج : ٤/٤٨٩ ، والمغنى لابن قدامة : ٥/٧٦٩

(٢) مغنى المحتاج : ٤/٤٨٨ ، والمنتقى شرح الموطأ : ٦/١٤ ، المحلى لابن حزم : ١٠/١٥٢ ، وكشاف القناع : ٤/٢٦٥

(٣) انظر : المراجع السابقة .

٩ — التعدد فى القافة ، وهذا شرط عند بعض فقهاء الشافعية ، ورواية عند المالكية والحنابلة ، فإن هؤلاء جميعاً يرون أنه لايصح العمل بقول قائف واحد، بل لابد من التعدد فيهم حتى يثبت النسب بقولهم ، لأن القائف كالمزكى أو المقوم، وكلاهما يشترط فيه التعدد حتى يجب العمل بقوله ، فكذلك القائف . وفى رواية عن المالكية والحنابلة أنه يجوز فى القيافة قول الواحد ، لأن القائف كالقاضى ، أو القاسم ، ولا يشترط فيهما التعدد حتى يجب العمل بقولها فكذلك القائف[1]. وهذا هو الراجح استناداً إلى أن القائف مع زيد بن حارثة وأسامة ابنه كان واحداً وقد أقر النبى صلى الله عليه وسلم حكمه بأن أسامة ابن زيد ، وإذا ثبت النص فلا اعتبار بما يخالفه .

١٠ — كون القائف من بنى مدلج، وبه قال بعض الشافعية ، لأن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يرجعون فى ذلك إلى بنى مدلج دون غيرهم، فالله تعالى قد يخص جماعة بنوع من المناصب والفضائل كما خص قريشاً بالإمامة . إلا أن عامة الفقهاء لم يشترطوا ذلك الشرط وقالوا: يجوز أن يكون منهم أو من سائر العرب والعجم، لأن القيافة نوع من العلم، فمن تعلمه عمل به، وقد ورد فى سنن البيهقى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان قائفاً يقوف ، وهو لم يكن من بنى مدلج .

قواعد العمل بالقيافة :

القيافة وإن كانت تطلق على تتبع الآثار وعلى إلحاق الولد بأبيه ، إلا أن قوتها الشرعية لم تظهر بوضوح إلا فى إثبات النسب ، ولعل السر فى ذلك هو أن الشارع الحكيم يحرص على المحافظة على الأنساب ، ويضع القواعد والضوابط التى تصونها من الاختلاط نظراً للآثار الخطيرة المترتبة على ثبوت نسب الولد إلى غير أبيه من الناحية الشرعية . فقد روى البخارى عن سعد رضى الله عنه قال : (سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام) فذكرته لأبى بكرة فقال : (وأنا سمعته أذناى ، ووعاه قلبى)[2]. وروى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لا ترغبوا عن آبائكم ، فمن رغب عن أبيه فهو كافر)[3].

---

(١) مغنى المحتاج : ٤/٤٨٨ ، المنتقى شرح الموطأ : ٦/١٤ ، كشاف القناع : ٤/٢٦٥

(٢) راجع : صحيح البخارى بحاشية السندى : ٤/١٧٠ (٣) المرجع السابق .

ولهذا فإن الإسلام أحاط الأنساب بسياج منيع من وسائل الإثبات ، منها ماهو متفق عليه كالفراش وغيره ، ومنها ماهو مختلف فيه كالقيافة والقرعة . وفقهاؤنا الأجلاء قد وضعوا القواعد التى تضبط القيافة وتبين الغرض منها فى مجال النسب بين وسائل الإثبات الأساسية .

ونحن بدورنا نتكلم بإيجاز عن بعض هذه القواعد :

القاعدة الأولى : وسائل الإثبات الأساسية كالفراش والإقرار والبينة مقدمة فى العمل بها على الحكم بالقيافة ، لأنها متفق عليها بين الفقهاء ، فى حين أن القيافة مختلف فيها ، والمتفق عليه أقوى من المختلف فيه ، ويتفرع على ذلك عدة مسائل ، من أهمها :

١ — أن الولد إذا ألحق بأحد المتنازعين بطريق القيافة ، ثم أثبت الثانى بالبينة أن الولد منه انتزع من الأول وأعطى للثانى[1].

٢ — إذا وطئ شخص امرأة فى نكاح صحيح ووطئها آخر بشبهة وجاء بولد لستة أشهر فصاعداً وأمكن أن يكون الولد منهما فالأصح من مذهب الشافعية أن يعرض على القائف ، فإذا ألحقه بأحدهما لحق به ، ولا يتعين الزوج للإلحاق ، لأن الموضع موضع اشتباه ، والزوج ليس بأولى من الثانى فى قوة الفراش ، إلا إذا تخلل بين الوطئين حيضة فيلحق الولد بالثانى ، لأن الحيض أمارة ظاهرة فى حصول البراءة عن الأول فينقطع تعلقه به ، وإذا انقطع عن الأول تعين للثانى ، لأن فراشه لم ينقطع بعد وجوده ، ولا فرق بين أن يدعيه الأول أولا ، ولا فرق أيضاً بين أن يكون الولد صغيراً أو بالغاً .

وقيل : إن الولد يتعين للأول فى النكاح الصحيح ، لأن الثانى منهما واطئاً بشبهة فلا ينقطع تعلق الأول ، لأن إمكان الوطء مع فراش النكاح قائم مقام نفس الوطء ، والإمكان حاصل بعد الحيضة[2].

وقد مثل الفقهاء للوطء[3] بشبهة بأن يدعو زوجته فى ظلمة فتجيبه زوجة آخر أو يجد امرأة فى فراشه فيظنها زوجته ويطأها أو يتزوجها أحدهما زواجاً صحيحاً ويتزوجها الآخر زواجاً فاسداً ، كأن يطلق زوجته فيتزوجها آخر فى عدتها ويطؤها فتأتى بالولد .

---

(١) راجع : مغنى المحتاج : ٤/٤٩٠ ، كشاف القناع : ٤/٢٦٢

(٢) راجع : مغنى المحتاج : ٤/٤٩٠ ، حاشية الدسوقى ، والشرح الكبير : ٣/٤١١٧

(٣) راجع : المغنى لابن قدامة : ٥/٧٧٩

القاعدة الثانية : حكم القائف أقوى من مجرد الدعوى :

ويتفرع على هذه القاعدة أنه إذا ادعى اللقيط رجلان ، فقال أحدهما هو ابنى ، وقال الآخر ابنتى . فننظر ، إن كان اللقيط ابناً فهو لمدعيه ، وإن كان بنتاً فهى لمدعيها ، لأن كل واحد منهما لا يستحق غير ما ادعاه ، وإن كانت خنثى مشكلا عرض على القافة معهما ، لأنه ليس قول واحد منهما أولى من الآخر . فإن حكم لأحدهما به فهو ابنه ، ويكون قول الآخر مجرد دعوى يقدم عليها حكم القائف[١] .

وأيضاً : إذا ادعى إنسان نسب لقيط ألحق به لانفراده بالدعوى ، فإن جاء آخر فادعاه لم ينتف نسبه عن الأول ، لأنه حكم له به ، فلا يزول بمجرد الدعوى ، فإن ألحقته القافة بالمدعى الثانى لحق به ، وانقطع نسبه عن الأول ، لأن حكم القافة بينة فى إلحاق النسب ، فيزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالشهادة[٢].

القاعدة الثالثة : حكم القافة أقوى من مجرد الانتساب :

ومن المسائل المتفرعة على هذه القاعدة أنه إذا تنازع رجلان نسب طفل ولم ينتسب إلى أحدهما حتى بلغ ، ثم انتسب إلى أحدهما ، وألحقته القافة بالآخر فهو له ، لأن حكم القافة أقوى من مجرد الانتساب[٣] .

القاعدة الرابعة : أحكام القافة إذا تعارضت قدم الأول منها :

ويتفرع على ذلك أنه إذا ألحق القائف الولد بشخص للأشباه الظاهرة وألحقه قائف آخر بشخص للأشباه الخفية كالخلق وتشابه كل الأعضاء فحكم القائف الثانى أولى من الأول ، لأن فيه زيادة حذق وبصيرة[٤].

ومن ذلك أيضاً : أنه إذا عارض قول اثنين من القافة قول اثنين آخرين سقط قول الجميع ، ويترك حتى يبلغ فينتسب إلى من يحب منهما ، وهو قول أبو عبد الله بن حامد من الحنابلة ، وبه قال الشافعى فى الجديد ، وقال فى القديم : حتى يميز ، لقول عمر رضى الله عنه : إلى أيهما شئت فانتسب ، ولأن الإنسان يميل بطبعه إلى قريبه دون غيره[٥].

---

(١) المغنى : ٥/٧٧٦ (٢) مغنى المحتاج : ٤/٤٩١ ، والمغنى : ٥/٧٧٦
(٣) مغنى المحتاج : ٤/٤٩١ (٤) المرجع السابق .
(٥) راجع : كشاف القناع : ٤/٢٦٤ ، تحفة المحتاج : ٥/٤٦٠ ، والمغنى : ٥/٧٧٣

خاتمة البحث

وبعد : فإننا بعد هذا العرض لمباحث هذا الكتاب ، وبعد مقارنة الشريعة بما جاء به القانون ، نستطيع أن نقرر أمراً هاماً وهو أن الشريعة الإسلامية أعطت للقاضى الذى يحكم بمقتضاها سلطات لم تتيسر لقاضى اليوم الذى يحكم بالقانون الوضعى ، وذلك لأن الشريعة أباحت للقاضى المسلم التأديب بعقوبات تعزيرية فى الجرائم الجنائية التى لم يرد فيها نص من الشارع بعقوبات مقدرة ، وهو بالطبع أمين على شرع الله يحكم فيها بالعقاب الذى يراه مناسباً . وبذلك يكون القاضى المسلم قد فاق القاضى الجنائى فى العصر الحديث ، لأن هذا الأخير لايجد إلا عقوبات معينة ، فإذا خرجت المسألة المعروضة عليه عن القانون الذى يقضى به تعين عليه الحكم بالبراءة على المتهم ، من حيث أنه لاعقوبة إلا بنص كما هو معلوم من مبادئ القانون الجنائى :

أما القاضى الشرعى فقد منحه الشارع أكثر من ذلك ، منحه حق التعزير فى الجرائم التى لانص فيها بعقوبات مقدرة ، وهذا من شأنه أن يقضى على الجريمة فى كل صورها ومهما تضاءل حجمها وأثرها ، فتنتفى الجريمة ، وإذا انتفت الجريمة فإنه يعم الأمن وتسعد الجماعة بحياة آمنة مستقرة كريمة فى ظل النظام القضائى فى الإسلام .

والحمد لله ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وسلم .

فهرس الكتاب

● ظهر من هذه السلسلة حتى الآن ●

١ ـ الانتماء فى ظل التشريع الاسلامى : للدكتور عبد الله مبروك النجار .
٢ ـ السيرة النبوية فى ضوء القرآن والسنة : للدكتور عبد المهدى عبد القادر .
٣ ـ وباء الفتنة والتعصب وعلاجه فى التوراة والانجيل والقرآن : للأستاذ السيد ابراهيم سليم
٤ ـ سعادة الأمة فى العمل بالكتاب والسنة : (كبار علماء الجمعية الشرعية) .
٥ ـ المنهاج الكامل فى بناء المسلم المعاصر : للدكتور فؤاد على مخيمر .
٦ ـ الرسول صلى الله عليه وسلم فى مكة والمدينة : للأستاذ محمد مهدى عامر .
٧ ـ أهمية الصلاة فى حياة المسلم : للدكتور السيد عبد الحكيم عبد الله .
٨ ـ فى ميزان الاسلام (الجزء الأول) : للدكتور محمد رجب البيومى .
٩ ـ أم المؤمنين زينب بنت جحش رضى الله عنها : للدكتور محمد طلعت أبو صير .
١٠ ـ فى ميزان الاسلام (الجزء الثانى) : للدكتور محمد رجب البيومى .
١١ ـ قبسات من نور الرسالة : للدكتور محمد أحمد على سحلول .
١٢ ـ أخلاقنا : للدكتور محمد ربيع جوهرى .
١٣ ـ التوازن النفسى والاجتماعى فى الاسلام : للأستاذ رمضان الحسنين جمعة .
١٤ ـ الرسول صلى الله عليه وسلم فى رمضان : للدكتور محمد سيد أحمد المسير .
١٥ ـ الدوائر الدعائية المعادية للاسلام : للأستاذ حسن على .
١٦ ـ الرسول صلى الله عليه وسلم ـ نشأته ودعوته : للدكتور ابراهيم على أبو الخشب .
١٧ ـ لكى تعود خير أمة : للدكتور السيد رزق الطويل .
١٨ ـ القرآن يتحدث عن محمد عليه الصلاة والسلام : للدكتور محمد أحمد على سحلول .
١٩ ـ منهاج الله فى هداية البشر : للدكتور فؤاد على مخيمر .
٢٠ ـ نحو منهج اسلامى فى الفكر الادارى : للأستاذ أحمد عبد العظيم .
٢١ ـ الرسول صلى الله عليه وسلم حول الكعبة : للدكتور محمد سيد أحمد المسير .
٢٢ ـ صفحات هادفة من التاريخ الاسلامى : للدكتور محمد رجب البيومى .
٢٣ ـ الاسلام وأهمية التيامن : للدكتور السيد عبد الحكيم عبد الله .
٢٤ ـ الانسان فى مرآة القرآن : للدكتور محمد أحمد على سحلول .
٢٥ ـ الرسول صلى الله عليه وسلم والوحى : للدكتور محمد سيد أحمد المسير .
٢٦ ـ مجالس العلم فى حرم المسجد : للدكتور محمد رجب البيومى .
٢٧ ـ من فيض القرآن : للدكتور ابراهيم على أبو الخشب .
٢٨ ـ نساء خالدات : للأستاذ مامون يس عبد الله .
٢٩ ـ الدعوة فى الاسلام عقيدة ومنهج : للدكتور السيد رزق الطويل .
٣٠ ـ منهج القرآن فى تربية الانسان : للدكتور محمد عثمان خيمر .
٣١ ـ ردود اسلامية فى قضايا معاصرة : للدكتور ابراهيم عوضين .
٣٢ ـ الفتنة المعاصرة وموقف المسلمين منها : للدكتور فؤاد على مخيمر .

٣٣ — العقيدة فى الاسلام : للدكتور السيد رزق الطويل .
٣٤ — الصلاة فى القرآن الكريم : للدكتور فهد الرومى .
٣٥ — حقيقة الانسان بين المسئولية والتكريم : للدكتور أبو اليزيد العجمى .
٣٦ — هذه دعوتنا : للشيخ عبد اللطيف مشتهرى .
٣٧ — التفسير القرآنى : للدكتور محمد رجب البيومى .
٣٨ — فى المحيط الاسلامى : للدكتور ابراهيم أبو الخشب .
٣٩ — أنت تسأل والاسلام يجيب : للشيخ عبد اللطيف مشتهرى .
٤٠ — عبادة الصيام : للدكتور السيد رزق الطويل .
٤١ — من منطلق اسلامى (الجزء الأول) : للدكتور محمد رجب البيومى .
٤٢ — عنصر الهداية فى القرآن الكريم : للشيخ معوض عوض ابراهيم .
٤٣ — الاسلام دعوة الحق : للدكتور السيد رزق الطويل .
٤٤ — من منطلق اسلامى (الجزء الثانى) : للدكتور محمد رجب البيومى .
٤٥ — موسى واليهود : للدكتور ابراهيم على أبو الخشب .
٤٦ — ملامح من هذا الدين : للشيخ معوض عوض ابراهيم .
٤٧ — الرسول وقضايا المجتمع : للدكتور محمد سيد أحمد المسير .
٤٨ — طوبى للغرباء : للأستاذ رمضان الحسنين جمعة .
٤٩ — مع القصص القرآنى : للدكتور ابراهيم على أبو الخشب .
٥٠ — اللسان العربى والاسلام معا فى مواجهة المعركة : للدكتور السيد رزق الطويل .
٥١ — من المثل الاسلامية : للدكتور محمد رجب البيومى .
٥٢ — نظرات فى نظم الاسلام وثقافته : للدكتور مصطفى أحمد أبو سمك .
٥٣ — الاعجاز فى نظم القرآن : للدكتور محمود السيد شيخون .
٥٤ — الاسلام يتصدى لأباطيل المستشرقين والملحدين : للأستاذ سامى محمد شهاب .
٥٥ — من حديث القرآن الى من نزل عليه القرآن : للدكتور محمود بن الشريف .
٥٦ — الزام القرآن للماديين والمليين : للدكتور سيد أحمد رمضان المسير .
٥٧ — أخلاق اسلامية من القرآن والسنة : للدكتور الحسينى أبو فرحة .
٥٨ — النظام القضائى فى الاسلام (الجزء الأول) : للدكتور عبد العزيز عزام .
٥٩ — الرسول والموافقات : للدكتور محمد سيد أحمد المسير .
٦٠ — المرأة فى رحاب القرآن (الجزء الأول) : للدكتور محمد أحمد على سحلول .
٦١ — المخدرات وباء الشعوب وسرطان العقول : للدكتور فؤاد على مخيمر .
٦٢ — الاسلام .. والعصر : للدكتور محمد عبد المنعم خفاجى .
٦٣ — خصائص القرآن الكريم : للدكتور فهد الرومى .
٦٤ — من مشكاة الذكر الحكيم : للدكتور ابراهيم عوضين .
٦٥ — الاسلام فى المجال التطبيقى (الجزء الأول) : للدكتور محمد أحمد على سحلول .
٦٦ — السنة المطهرة بين أصول الأئمة وشبهات صاحب فجر الاسلام وضحاه :
للدكتور سيد أحمد رمضان المسير

٦٧ ـ الاسلام .. وأهمية الادخار : للدكتور السيد عبد الحكيم عبد الله .
٦٨ ـ من حصاد المكتبة القرآنية : للدكتور محمود بن الشريف .
٦٩ ـ لكى تستعيد أمتنا ذاكرتها : للدكتور السيد رزق الطويل .
٧٠ ـ فى ظلال السيرة النبوية : للدكتور محمد رجب البيومى .
٧١ ـ كناسة العطار : للدكتور ابراهيم أبو الخشب .
٧٢ ـ الجانب الأخلاقى فى العبادات كما تصوره السنة النبوية :
للدكتور محروس حسنى عبد الجواد
٧٣ ـ من معين القرآن (الجزء الأول) : للدكتور محمود بن الشريف .
٧٤ ـ المسجد الأقصى ومعركة النصر والفتح : للشيخ عبد اللطيف مشتهرى .
٧٥ ـ مع الأمثال القرآنية : للأستاذ محمود سيد على شقير .
٧٦ ـ مع النبى صلى الله عليه وسلم : للدكتور محمد كامل الفقى .
٧٧ ـ عناية الاسلام بالصحة البدنية : للسيدة كاملة الأنوار محمد حجاب .
٧٨ ـ الاسلام .. وتحريم المخدرات والمسكرات والمفترات :
للدكتور السيد عبد الحكيم عبد الله
٧٩ ـ علماء فى وجه الطغيان : للدكتور محمد رجب البيومى .
٨٠ ـ من معين القرآن (الجزء الثانى) : للدكتور محمود بن الشريف .
٨١ ـ قبس من الاسلام : للشيخ معوض عوض ابراهيم .
٨٢ ـ الدار الآخرة : للشيخ عبد اللطيف مشتهرى .
٨٣ ـ موسوعة ألفاظ القرآن الكريم : للدكتور محمد عبد المنعم خفاجى .
٨٤ ـ حقائق فى ظل توحيد الآراء الاسلامية : للشيخ شعبان عبد الهادى .
٨٥ ـ الوقت فى الاسلام : للدكتور حلمى عبد المنعم صابر .
٨٦ ـ من أسرار البلاغة فى القرآن : للدكتور محمود السيد شيخون .
٨٧ ـ قبس من الصلاة : للشيخ على مرعى .
٨٨ ـ محاورة تطبيق الشريعة : للدكتور محمد سيد أحمد المسير .
٨٩ ـ من القصص الاسلامى ، جـ ١ : للدكتور محمد رجب البيومى .
٩٠ ـ النظام القضائى فى الاسلام ، جـ ٢ : للدكتور عبد العزيز عزام .

رقم الإيداع ٤٧٥٤/١٩٨٨

الترقيم الدولى : ٦–١٩٢–١٦٣–٩٧٧

المطبعة العربية الحديثة

٨ شارع ٤٧ بالمنطقة الصناعية بالعباسية

تليفون : ٨٢٦٢٨٠ القاهرة